

LES MOBILES DU DÉLIT

Etude de Criminologie et de Droit Pénal

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

ALICE MARANGOPOULOS-YOTOPOULOS

D'ATHÈNES (GRÈCE)

THÈSE N° 614

PARIS

En vente à la
LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
20, rue Soufflot

1973



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545925_0009

LES MOBILES DU DÉLIT

**Etude de Criminologie
et de Droit Pénal**

LES MOBILES DU DÉLIT

Etude de Criminologie et de Droit Pénal

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

ALICE MARANGOPOULOS-YOTOPOULOS

D'ATHÈNES (GRÈCE)

THÈSE N° 614

PARIS

En vente à la
LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
20, rue Soufflot

1973

La faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 6 juin 1973.

Le Doyen :
Christian DOMINICÉ.

Thèse n° 614.



*A la mémoire de mon père P. YOTOPOULOS,
en témoignage de profonde et affectueuse
reconnaissance.*

ABRÉVIATIONS

Anm.	Anmerkung.
Ann. Pén.	Annales Pénales, Ποινικά Χρονικά (Revue grecque).
AP	Avant-Projet.
A.T.	Allgemeiner Teil (Partie générale).
ATF	Arrêt du Tribunal Fédéral (suisse). [Lorsqu'il n'y a pas d'autre indication, la référence est faite au Recueil Officiel.]
Bem.	Bemerkung (Remarque).
BGH	Bundesgerichtshof (allemand).
BJP	Bulletin de Jurisprudence Pénale (suisse).
B.T.	Besonderer Teil (Partie spéciale).
CCS	Code civil suisse.
Comm.	Commentaire.
Congrès Int. Dr. P.	Congrès International de Droit Pénal.
Congrès Int. Cr.	Congrès International de Criminologie.
Congrès Int. Pénit.	Congrès International de Sciences Pénitentiaires.
CQ	Code des Obligations (suisse).
C.P. All.	Code pénal allemand.
C.P. Fr.	Code pénal français.
C.P. Gr.	Code pénal grec.
C.P. It.	Code pénal italien.
CPM	Code pénal militaire.
CPP	Code de procédure pénale.
CPS	Code pénal suisse.
FF	Feuilles Fédérales.
FJS	Fiches juridiques suisses (= Schweiz. Juristische Kartothek).
GS	Der Gerichtssaal (Revue allemande).
IPS	Informations pénitentiaires suisses.
JdT	Journal des Tribunaux.
JuS	Juristische Schulung (Revue allemande).
JZ	Juristenzeitung (Revue allemande).
Mstgb.	Militärstrafgesetzbuch (Code pénal militaire).
Mokrim.	Monatschrift für Kriminologie (ou Kriminalbiologie ou Kriminalpsychologie) und Strafrechtsreform.
n.	note.

n°	numéro.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Revue allemande).
prem. p.	première partie du présent travail.
P.G.	Partie générale.
P.S.	Partie spéciale.
R. Dr. P. Cr. ..	Revue de Droit Pénal et de Criminologie (belge).
RG	Reichsgericht (allemand).
RIDP	Revue Internationale de Droit Pénal.
R. Int. Cr. P.T. .	Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique. (suisse).
R. Ital. D.P. ...	Rivista Italiana di Diritto Penale.
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral.
RP	Rivista Penale.
RPS	Revue Pénale Suisse.
RSC	Revue de Science Crim. et de Dr. Pénal Comparé (française).
Sc. Pos.	La Scuola Positiva (revue italienne).
sec. p.	seconde partie du présent travail.
sect.	section.
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung.
Stgb.	Strafgesetzbuch (Code pénal).
SüdJZ	Süddeutsche Juristen Zeitung.
TF	Tribunal Fédéral.
Vorb.	Vorbemerkung.
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZR	Blätter für Zürcher. Rechtsprechung.
ZSR	Zeitschrift für schweiz. Recht.
ZStW.	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (allemande).

INTRODUCTION

1. Le droit pénal, comme les autres disciplines du droit, traite des notions juridiques en principe sur un plan abstrait. Toutefois le juriste, lorsqu'il élabore les diverses notions et institutions juridiques, doit constamment tenir compte, d'une part du contenu humain et social dont ces mêmes notions et institutions ne sont que le revêtement juridique¹, d'autre part du fait qu'il doit envisager ce contenu en prenant en considération l'évolution continue de la société et de la science.

S'il est nécessaire que toute discipline du droit tienne compte de l'être humain, à combien plus forte raison l'est-il pour le droit pénal, dont l'objet est, avant tout, le traitement d'un homme déterminé, en tant qu'auteur d'un acte délictueux concret².

Il est vrai que, chronologiquement, le droit pénal précède la criminologie, mais il n'est pas moins vrai que la criminologie, qui se fonde sur les sciences de l'homme, vivifie et renouvelle le droit pénal en lui apportant des éclaircissements toujours plus complets sur la

¹ Il est certain que la dogmatique est indispensable pour exposer les notions d'une façon systématique et établir des liens entre elles. On ne saurait concevoir sans elle d'exposé scientifique ni d'élaboration juridique en général. Malheureusement elle fait souvent l'objet de tours de passe-passe intellectuels, abstraits et trop recherchés, éloignés de la vie et qui deviennent souvent un but en soi. C'est pourquoi KOHLER — parmi plusieurs juristes éminents qui signalèrent ce danger — écrivait : « Il n'est plus guère permis aux notions de nous dominer : celles-ci doivent être au contraire nos servantes (die Begriffe sollen uns nicht mehr beherrschen, sie sollen unsere Diener sein). » Consulter sur cette question : GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, t. I, 1950, pp. 20-22, d'où est tirée la citation de KOHLER ; WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1959, 1^{re} partie, ch. 3 ; NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit*, in ZStW., 1965, pp. 1 s.

² « L'homme et son acte et non plus théoriquement « le délinquant » et « le délit » en tant qu'« entités juridiques » sont enfin considérés ce qu'ils sont réellement, c'est-à-dire pour le centre et l'objet même du droit pénal... » J. GRAVEN, *L'évolution de la notion de responsabilité pénale et ses effets*, in R. Int. Cr. P.T., 1964, p. 182.

personnalité vivante du criminel et sur la manière la plus adéquate et la plus efficace de le traiter ³.

Le droit pénal est actuellement « un droit en mouvement », parce que « la Criminologie, comme elle le voulait, lui a communiqué son inquiétude », écrivent Vouin et Léauté ⁴ ; et Ancel surenchérit : « la Criminologie lui est désormais confrontée et s'impose à lui » ⁵. Bien que, à notre avis, ce ne soit pas uniquement la criminologie qui ait provoqué cette mouvance en droit pénal, il suffit de prendre en considération la crise par laquelle passent actuellement les notions de responsabilité pénale et de culpabilité ⁶ et encore celle d'illicéité ⁷ pour se rendre compte des répercussions qu'a sur lui la criminologie. Grâce aux enseignements de la criminologie, d'une part les codes pénaux actuels ne cessent d'introduire des dispositions qui visent à la compréhension de la personnalité du criminel, d'autre part les notions du droit pénal concernant cette personnalité s'approfondissent constamment.

2. La criminologie actuelle, à la lumière de la psychologie contemporaine, exige que l'on examine chaque criminel, et notamment l'évolution dynamique de son psychisme qui l'a conduit au crime. Le

³ V. FREY, *Kriminologie, Programm und Wirklichkeit*, in RPS 1951, pp. 69, *in fine*, ss. ; du même auteur, *Die Kriminologie als Führerin und Ratgeberin der Strafrechtsreform*, in Intern. Kolloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform, pp. 11 ss. ; WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1959, 1^{re} partie, ch. 3 ; du même auteur, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, pp. 53 ss. (« Kriminologie und Strafrechtsreform »).

⁴ VOUIN et LÉAUTÉ, *Droit pénal et Criminologie*, P.U.F., 1956, p. 39.

⁵ V. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 1966, p. 280. WÜRTEMBERGER, *op. cit.*, 1^{re} partie, ch. 3, souligne la nécessité qu'il y a pour la science pénale allemande d'être mieux éclairée par la criminologie. V. sur les relations entre la Criminologie et le Dr. P., *Kolloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform*, Freiburg in Br., 1958 (Actes).

⁶ Parmi les nombreux ouvrages y relatifs, v. les Actes de deux colloques très intéressants, dont le premier a eu lieu à Strasbourg (Colloque de Philosophie pénale de Strasbourg : « La responsabilité pénale », Paris, Dalloz, 1961), et le second à Toulouse (La confrontation de la théorie de la responsabilité pénale avec les données de la Criminologie, in Ann. de la Fac. de Droit de Toulouse, 1969, fasc. 1). V. encore GSCHWIND, *Zur Kriminologie des Vorsatzes*, in Rechtsfindung, Festschrift für Germann, 1969, pp. 59 ss. ; CORNIL, *L'impasse de la responsabilité pénale*, in R. Dr. P. Cr., 1961-1962, pp. 645 ss. ; VERSELE, *Le problème psychique de la délinquance et la « responsabilité » pénale*, in R. Int. Cr. P.T., 1964, pp. 258 ss. ; HIMENEZ DE ASÚA, *Les problèmes modernes de la culpabilité*, in Hommage à J. Constant, 1971, pp. 147 ss. ; HOLZHAYER, *Willensfreiheit und Strafe*, 1970 ; BANNER, *Gibt es einen freien Willen ?* 1967.

⁷ V., p. ex., A.E. BRAUNECK, *Unrecht als die Betätigung antisozialer Gesinnung*, in Festschrift H. Mayer, pp. 235 ss., où l'auteur confronte les points de vue des sociologues-criminologues et des juristes sur le caractère injuste de certains actes.

classement des criminels en catégories — procédé qui fut autrefois un progrès et qui est encore très utile de nos jours — ne suffit plus guère aux yeux des criminologistes contemporains pour comprendre chaque criminel⁸. Utiliser des conclusions générales, abstraites et superficielles pour expliquer la psychogénèse d'un acte criminel et déterminer le degré de responsabilité ou de faute d'un délinquant donné est, pour la criminologie contemporaine, encore moins admissible.

En droit pénal cependant, les théories abstraites relatives à la volonté et à la décision, à la responsabilité et à la culpabilité, continuent, le plus souvent, à se rapporter à un être abstrait, « l'homme moyen », qui est un individu tout à fait différent de l'auteur d'un acte concret. Et lorsque les mobiles de cet auteur sont pris en considération, ce n'est pour tenir compte que des mobiles superficiels.

Par ailleurs, tous les concepts juridiques que nous venons de mentionner sont étayés par des structures presque exclusivement noétiques (rationnelles). En revanche, on tend à négliger la vraie motivation de l'acte criminel : les mobiles profonds qui ne sont pas rationnels mais affectifs et instinctifs, propres à chaque criminel et spécifiques à chaque acte concret ; et cela, malgré le fait que la psychologie actuelle considère comme primordial le rôle que jouent les facteurs non noétiques dans l'activité humaine.

Dès 1896, Th. Ribot dans son ouvrage désormais classique intitulé « La psychologie des sentiments », soutenait que la vie affective (consciente et subconsciente) occupe la première place dans la vie psychique totale⁹, point de vue dont il a démontré le bien-fondé dans cette longue étude, aussi détaillée que pénétrante. Les différentes écoles psychanalytiques, ainsi que les écoles dites « de la psychologie profonde sans psychanalyse », pour reprendre l'expression de De Greeff¹⁰, ont largement contribué à faire admettre ce principe, en accordant une importance particulière aux élaborations subconscientes qui s'opèrent dans le fond du psychisme¹¹ d'où jaillissent les mobiles de nos actes et, notamment, de notre comportement criminel.

⁸ V. DI TULLIO, Rapport présenté à la Première Conférence des Directeurs d'Instituts de Recherches Criminologiques, Strasbourg, 1964, p. 48 et BAAN, *Le problème de responsabilité*, in Autour de l'œuvre de De Greeff, t. I, 1956, p. 89.

⁹ Cf. 10^e édition, 1917, p. 439.

¹⁰ V. DE GREEFF, *Les fonctions incorruptibles dans les drames de Maeterlinck*, in Autour de l'œuvre du Dr. De Greeff, t. II (intitulé « L'homme devant l'humain »), p. 83.

¹¹ Tous les psychologues et même les adversaires de la psychanalyse, dont ils reconnaissent cependant l'apport dans ce domaine, admettent que l'inconscient

3. Les mobiles, ces moteurs de l'acte humain, constituent les éléments psychiques qui éclairent le mieux la personnalité. Non certes les mobiles pris dans le sens que leur attribuait la psychologie traditionnelle, mais dans l'acception qui est la leur de nos jours, époque où le bistouri de la psychologie profonde commence à inciser l'âme humaine pour y découvrir les racines des actes de l'individu. Les mobiles des actes criminels, qui ont leur source dans les pulsions, les tendances, les phénomènes affectifs en général, laissent rarement à l'intellect un rôle même secondaire de vrai mobile¹². Ils ne lui laissent que les rôles de recouvrir d'un revêtement logique les profonds et pressants élans affectifs et pulsionnels, de produire des arguments auto-justificatifs, de découvrir, enfin, les moyens d'atteindre le but criminel.

4. Si nous devons résumer en quelques lignes l'influence de la criminologie sur le droit pénal, nous le ferions comme suit :

Le droit pénal de l'école classique reposait sur une représentation photographique en quelque sorte du crime.

La criminologie, dans ses débuts, se bornait à photographier le criminel, dont elle faisait une étude plutôt descriptive. Sous l'influence de ce type de criminologie, le droit pénal a par la suite introduit la photographie tout à la fois du crime et du criminel.

Dans la criminologie actuelle, la radiographie du criminel, de son monde intérieur, se substitue de plus en plus à la photographie de celui-ci. Le droit pénal actuel tend à remplacer la photographie du criminel par la radiographie de celui-ci, de son psychisme profond notamment.

C'est ainsi que le droit pénal, en raison précisément de l'influence qu'exerce sur lui la criminologie, tend à tenir toujours plus largement

et le subconscient jouent un rôle de la plus haute importance dans la vie psychique : v. par exemple GEMELLI, *La personalità del delinquente*, 1948, p. 145 ; GORPHE, *La psychologie appliquée en justice*, P.U.F., 1959, p. 1952 ; VORÉAS, *La psychologie* (en grec), 1933, p. 19.

¹² Cela n'est pas le cas dans les actes ordinaires. Cf. le développement détaillé *infra*, pp. 30, 42 ss. OVIDE a formulé cette idée d'une façon saisissante dans ses *Métamorphoses* (L 7, 20) lorsqu'il met ces paroles dans la bouche de Médée luttant contre la tentation : « Video meliora proboque, deteriora sequor » (je vois le bien et l'approuve, mais je suis le mal). V. aussi ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, L. 3, chap. 2, 14. « δοκοῦσι δὲ οὐχ οἱ αὐτοὶ προαιρεῖσθαι τε ἄριστα καὶ δοξάζειν, ἀλλ' ἔνιοι δοξάζειν μὲν ἄμεινον, διὰ κακίαν δ' αἰρεῖσθαι οὐχ ἂν δεῖ » (ce ne sont pas ceux qui ont la meilleure opinion qui choisissent la meilleure action, mais il y a des individus qui, tout en ayant l'opinion la plus juste, ne choisissent pas, en raison de leur perversité, l'action qu'il faut).

compte de la personnalité du délinquant en général et de sa position psychique par rapport à l'acte. Il chemine de la surface vers le fond, mais cet itinéraire n'est ni facile ni rectiligne. En s'efforçant de conserver les vieilles structures doctrinales et dogmatiques, les pénalistes se montrent assez réticents à l'égard des nouveaux acquis de la criminologie ; ou alors, parfois, ils tentent de faire entrer de façon erronée ou insatisfaisante les nouvelles données criminologiques dans les vieux concepts juridiques.

5. La présente étude voudrait soutenir cette tendance actuelle qui veut que l'on prenne en considération la personnalité du criminel, en apportant des éclaircissements sur la notion de mobiles du crime et l'importance de ceux-ci pour la compréhension de la personnalité du délinquant et de son acte. Cette compréhension est une condition indispensable à la resocialisation du délinquant, but principal de la politique criminelle d'aujourd'hui¹³.

Le présent travail est divisé en deux parties : dans la première partie nous examinons la question des mobiles au point de vue théorique ; dans la seconde, nous l'examinons au point de vue du droit positif suisse.

Dans la première partie, nous essayons, en premier lieu (chapitre I), de comprendre la psychogénèse de l'acte et, notamment, de l'acte criminel, afin de définir avec précision la notion de mobile et le rôle qu'ils jouent dans la criminogénèse.

En suivant l'évolution du concept de mobile en psychologie, nous pouvons faire deux constatations : la première est qu'au lieu du facteur noétique, c'est le facteur affectif qui est devenu l'élément essentiel de cette notion ; la seconde est que l'importance attribuée aux mobiles profonds et inconscients s'est constamment accrue.

¹³ V. sur ce sujet WÜRTEMBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, pp. 60 ss. ; ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, pp. 300 ss. ; GRAMMATICA, *Principes de la défense sociale* ; J. GRAVEN, *L'évolution de la notion de « responsabilité pénale » et ses effets*, in R. Int. Cr. P. T., 1964, p. 182. Il faut noter l'intense activité déployée sur le plan international (congrès, colloques, cycles d'études) pour favoriser la resocialisation du criminel par le traitement le plus adéquat et, avant tout, celle de la Section de Défense Sociale des Nations Unies, fondée en 1948 (section qui absorba en 1950 la Commission Intern. Pénale et Pénitentiaire), et celle du Comité Européen pour les problèmes criminels, fondé en 1958 par le Conseil de l'Europe (V. ANCEL, *op. cit.*, pp. 117 ss.). La fondation à Rome — après la décision du IV^e Congrès organisé par l'O.N.U. en 1970 — du *Centro Criminologico Internazionale per la prevenzione ed il trattamento dei comportamenti antisociali e criminali*, sous la direction de B. DI TULLIO, constitue le couronnement de cet effort.

Dans l'examen de la psychocriminogénèse nous exposons de façon sommaire les théories psychanalytiques y relatives, puis nous décrivons le mécanisme des mobiles du délit et ses modalités (préparation psychique et préméditation, délits impulsifs et compulsifs, etc.).

Après avoir ainsi pénétré le sens de la notion de mobiles sous l'angle de la *psychologie des profondeurs* et de la *psychologie criminelle*, et après avoir distingué les mobiles des notions psychologiques apparentées (soit celles de but final, la notion la plus proche, de but immédiat et de dernier motif), nous rappelons brièvement les principales opinions qui ont été développées en science pénale relativement à la notion de mobiles et à leur importance *en droit pénal* (chap. II).

Nous sommes amenée à formuler au chapitre suivant (chap. III) la définition finale de ce qu'est, à notre avis, la notion de mobiles en droit pénal. Les notions psychologiques de mobiles et de but sont, à notre avis, valables en droit pénal également.

Pour mieux préciser le sens des mobiles et leur rôle en droit pénal, nous en étudierons les rapports avec d'autres concepts pénaux intéressant, comme les mobiles, la relation subjective, psychique, de l'agent avec son acte, à savoir la *culpabilité* et la *disposition criminelle* (ou redoutabilité ou périculosité).

Ce sont les mobiles les plus profonds possibles qui doivent être pris en considération lorsque l'on examine la culpabilité et la périculosité de l'agent. C'est là le rôle le plus important des mobiles pour l'approfondissement de la personnalité du délinquant. Etant donné que la recherche des mobiles profonds est un travail des plus délicats, nous avons estimé utile de terminer cette partie par le chapitre IV, consacré à l'investigation des mobiles profonds et subconscients. Dans ce chapitre nous exposons de façon succincte les méthodes de cette investigation et, finalement, afin de rendre plus clairs les développements antérieurs, nous examinons à partir de cas concrets les mobiles profonds de deux types classiques de délit, le vol et l'homicide.

L'examen des mobiles dans un code pénal *concret* — et notamment dans le code suisse qui en fait grand usage — présente l'intérêt d'une application pratique des problèmes envisagés jusque-là sur le plan théorique. Cette étude à laquelle nous nous livrons *dans la seconde partie* nous donnera l'occasion de voir quel est l'usage le plus correct et le plus efficace que l'on peut faire des mobiles dans les diverses institutions pénales.

La seconde partie est divisée en deux sections : dans la première nous étudions les dispositions de la partie générale du code pénal suisse qui ont, explicitement ou implicitement, trait aux mobiles ; dans la seconde section, nous examinons les dispositions de la partie spéciale de ce même code qui ont trait elles aussi, expressément ou implicitement, aux mobiles.

Nous commençons l'étude de la partie générale par l'examen des dispositions concernant l'application de la peine et, par la suite, des mesures de sûreté, en raison du fait que le rôle qu'y jouent les mobiles est de loin le plus important pour l'approfondissement de la personnalité du délinquant.

Dans l'examen de la partie spéciale, nous étudions les délits comportant des éléments subjectifs outre le dol ordinaire — comme éléments constitutifs ou comme circonstances atténuantes ou aggravantes spéciales — en distinguant les cas où cet élément subjectif consiste en un mobile ou en un but.

Enfin, dans les conclusions générales, nous envisageons la possibilité de changements substantiels du droit pénal, en interprétant certaines dispositions du droit pénal positif conformément aux données de la psychologie criminelle relatives à notre sujet. Nous abordons encore les modalités de l'intégration de l'examen des mobiles (et plus généralement de la personnalité du délinquant) dans le procès pénal.

En terminant, nous soulignons d'une part la nécessité qu'il y a de voir les juristes étudier la criminologie, afin qu'ils puissent affronter un problème aussi complexe qu'est celui de la recherche des mobiles profonds qui ont poussé un délinquant déterminé à son acte ; d'autre part, le fait que les experts criminologues sont indispensables pour mener cette recherche à bonne fin. La spécialisation du personnel pénitentiaire ne nous paraît pas moins nécessaire pour l'efficacité du traitement (peine ou mesure) que le juge fixera et suivra tout au long de son exécution.

6. Nous avons essayé d'examiner notre sujet à la lumière des acquis les plus récents de la psychologie criminelle et, en même temps, en corrélation avec les théories du droit pénal les plus discutées de nos jours, notamment la doctrine relative aux éléments subjectifs de l'illicéité (« subjektive Unrechtselemente »), la théorie finaliste de l'acte (« finale Handlungslehre »), la théorie de l'auteur-type (« Tätertyp ») et de la faute de l'auteur pour sa façon d'être (« Täterschuld », « Lebensführungsschuld »), etc.

Nous comparons souvent les dispositions du CPS à celles de codes étrangers, des codes allemand, italien et grec notamment. Nous employons la même méthode dans l'étude de quelques théories importantes (par exemple celles qui concernent l'illicéité, la justification de l'acte illicite, le fondement de la fixation de la peine, etc.) Cette méthode, sans faire du présent travail un ouvrage de droit comparé, contribue à l'étude critique des dispositions du CPS concernant les questions les plus épineuses.

Enfin, étant donné que plusieurs dispositions de la partie générale du CPS ayant trait à notre sujet ont été introduites par la Loi fédérale du 18 mars 1971, il n'en existe presque pas, à l'heure où nous écrivons, une interprétation jurisprudentielle dont nous puissions tirer parti. En revanche, nous tenons compte des travaux préparatoires de la loi susdite, du Message y relatif du Conseil Fédéral, de l'interprétation des dispositions antérieures auxquelles nous comparons les dernières en date, et de quelques études, publiées tout récemment, consacrées à ces dispositions.

Nous nous faisons un agréable devoir d'adresser à MM. les professeurs Ph. Graven et J. Bernheim nos remerciements les plus chaleureux de leurs conseils précieux dans l'élaboration de cette thèse.

Nous remercions également l'Université de Genève d'avoir subventionné l'impression de cette thèse.

Genève, mars 1972.

Note : Nous avons essayé de tenir compte, dans la mesure du possible, des ouvrages, des nouvelles éditions et de la jurisprudence publiés depuis la fin de 1971 jusqu'à la parution du présent travail.

PREMIÈRE PARTIE

**LES MOBILES EN CRIMINOLOGIE
ET EN DROIT PÉNAL**

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE MOBILES EN CRIMINOLOGIE

INTRODUCTION

Pour mieux comprendre la notion de mobile et les notions connexes de but et de motif dernier de l'acte, il est nécessaire d'analyser d'abord la psychogénèse de l'acte en général, puis celle de l'acte criminel en particulier. C'est seulement en suivant le processus de motivation que nous parviendrons à comprendre le rôle de chacune des notions que nous nous proposons d'étudier et, partant, les différences qui pourraient exister entre elles.

Nous entendons par acte l'action humaine volontaire¹, fruit d'une réflexion et d'une décision préalables. Aussi ne sera-t-il question dans ce chapitre ni des actions automatiques d'un individu (fermer les yeux pour éviter le choc d'un objet, par exemple), ni des actes simples de la vie quotidienne devenus automatiques ou presque (écrire, fumer, préparer le petit déjeuner, etc.), ni enfin des actes commis dans un état d'altération grave de la conscience (maladie mentale, ébriété, etc.).

A) LA PSYCHOGÉNÈSE DE L'ACTE EN GÉNÉRAL ET LA NOTION DE MOBILE.

1. Un individu éprouve un sentiment désagréable provoqué par une situation déterminée ou un stimulus externe précis. La perspective d'un changement peut susciter en lui un sentiment agréable : en comparant sa situation à une situation imaginaire déterminée, il considère celle-ci comme étant préférable. Il existera probablement d'autres mobiles qui l'inciteront à remédier à sa situation en provoquant d'autres changements ; on découvrira probablement encore des mobiles inhibiteurs qui révéleront les conséquences ou les aspects fâcheux

¹ Sur les actes volontaires v. *infra*, pp. 16 ss., et surtout n. 24 de la p. 18.

Nous tenons à souligner que nous n'employons pas le terme « motivation » dans le sens psychiatrique, c'est-à-dire dans le sens d'une nécessité de détermination dans l'activité, mais dans le sens courant qu'est celui d'un processus volitionnel causal-final ; v. HALL, *Criminal Law*, p. 89 n. 77.

d'une modification qui aurait pu paraître agréable de prime abord. L'auteur prend d'autant plus facilement la décision d'exécuter une action que sa situation est plus désagréable et que celle qu'il imagine lui paraît plus agréable.

Quant à savoir quel sera finalement le désir le plus puissant, celui qui l'emportera malgré l'intervention des forces inhibitrices, cela dépendra de l'ensemble de la personnalité — notamment dans les actes importants de la vie d'un individu — c'est-à-dire de sa structure psychique, de son caractère en particulier, tel qu'il aura évolué depuis sa naissance jusqu'au moment où sera prise la décision ².

2. La personnalité est la synthèse (et non la somme) du caractère et de l'intelligence. Le caractère, quant à lui, est formé par la synthèse dynamique des réactions affectives de chaque individu aux stimuli externes et internes ³. Il résulte de la combinaison d'éléments conscients et inconscients, congénitaux ou acquis ; il est, du point de vue affectif, le fondement de chaque personnalité, c'est pourquoi il est responsable de la réponse positive-agréable ou négative-désagréable du psychisme à un stimulus externe *déterminé* et, par la suite, à la représentation d'une modification *déterminée* ; c'est-à-dire que le caractère constitue, dans chaque cas, la source du sentiment spécifique.

Le sentiment donne de la couleur à chaque stimulus et à chaque représentation, c'est-à-dire qu'il y ajoute la nuance de l'agréable ou du désagréable.

L'intelligence cependant influe sur le sentiment en ce sens qu'elle nous aide à mieux saisir la réalité et à juger si le désir et l'acte qu'il nous dicte sont réellement bons et utiles. Autrement dit, l'intelligence peut influencer sur la couleur affective ou même encore, d'agréable qu'elle est, la rendre désagréable et vice-versa. De façon générale, en raison de l'unité de la personnalité — et, partant, des influences réciproques des fonctions psychiques — tout fait psychique influe sur l'ensemble du monde psychique. La force du sentiment est cependant si grande que, lorsqu'il est très puissant et très intense, l'intelligence en devient simplement la servante et s'efforce de lui

² Cf. NEUMEYER, *Das Motiv der Straftat und seine strafrechtliche Verwendung*, München, 1950, p. 30 ; CHORAFAS, *L'application judiciaire de la peine*, in Archives des Sciences Pénales 1939, p. 253 (en grec).

³ Selon VIDARI, le caractère est la marque que le Moi imprime à ses actes ou bien que les actes, dans leur ensemble, laissent sur le Moi (*Elementi di Etica*, p. 163).

trouver des justifications rationnelles, même si celles-ci ne sont pas fondées sur la réalité⁴. L'influence qu'exerce le sentiment sur notre intelligence est telle que, sans lui, selon de célèbres psychologues, toute connaissance est difficile, toute conviction et toute foi impossibles⁵. On admet généralement que l'idée froide seule, à savoir une représentation quelconque, ne peut constituer, sans l'apport d'une nuance affective, le mobile d'une action⁶. Pour que l'homme commette une action déterminée, une poussée de caractère affectif est nécessaire dans la représentation de cette action. Ce qui caractérise les sentiments est précisément le fait qu'ils renferment une impulsion, ou *mouvement* vers l'extérieur (*é-motion*) qui tend à conduire à l'accomplissement de l'acte propre à créer une situation plus agréable et à supprimer ou à modifier une situation désagréable. En d'autres termes, *le mobile de chaque action est de caractère affectif*, c'est-à-dire que le sentiment constitue le prélude nécessaire à tout acte humain⁷.

Nous distinguons dans les sentiments ou l'affectivité *au sens le plus large du terme* — c'est-à-dire tout ce qui constitue pour l'homme la couleur de son état psychique, son humeur agréable ou désagréable — d'une part *les pulsions, les appétits, les tendances caractérielles* qui résident dans le subconscient et agissent sur l'individu afin d'être satisfaits ; d'autre part, *les sentiments proprement dits*, en

⁴ Dans sa *Psychologie des sentiments*, 10^e éd., p. 349, Th. RIBOT souligne que la vie affective occupe la première place dans la vie psychique et que le sentiment utilise la logique pour parvenir à ses fins, alors que la logique n'utilise pas, à cet effet, le sentiment. V. également NICEFORO, *L'« Io » profondo e le sue maschere*. Wundt souligne, dans son ouvrage *Grundriss der Psychologie*, 1914, § 14, n° 3, le rôle important du facteur affectif. V. également GRUHLE, *Kriminal-psychologie*, in t. I du Handw. B. der Kriminologie, 1933, p. 907.

⁵ V. S. DE SANCTIS, *Psicologia sperimentale*, t. II, ch. 5. RIBOT, *op. cit.*, pp. 369 et 307, ainsi que le génial LEONARDO DA VINCI, qui possédait presque tout le savoir de son temps, in *Frammenti Letterari et Filosofici*, t. I, p. 66, part du principe que « toute connaissance prend sa source dans les sentiments (sentimenti) ». V. encore sur ce sujet MURRAY et LADD, *Emotional factors in learning*, 1944.

⁶ Ainsi, par ex., WUNDT, *Grundriss der Psychologie*, 1914, 2^e éd., p. 223.

⁷ RIEHL, *Der philosophische Kritizismus*, t. II, p. 197 et BRENTANO, *Psychologie*, ch. 8 § 1 ; CATHREIN, *Filosofia morale*, 2^e éd., Florence, 1928, p. 359 ; VORÉAS, *Psychologie* (en grec) 1933, p. 315, § 5 et pp. 372 s., § 1, appelle les sentiments « mobiles », « car ce sont plutôt eux qui poussent l'âme à l'action ». SCHOPENHAUER, dans son ouvrage intitulé *Die Welt als Wille und Vorstellung*, 3^e partie, ch. XIX, désigne les sentiments, au sens large, du terme « Wille », du nom de volonté, entendant par ce mot « le dynamisme inconscient situé au fond de notre être » qui « signifie » : désirer, tendre à, éviter, espérer, aimer, haïr, en un mot, tout ce qui constitue pour nous le bien et le mal, notre plaisir ou notre peine ». Aristote le désigne du nom de « passions » (πάθη), *Ethique à Nicomaque*, L. 2, VI, 2 : « Je désigne du nom de passions le désir, la colère, la peur, l'audace, l'envie, la joie, l'amitié, la haine, le zèle, la pitié, tout ce qui comporte le plaisir ou la peine... »

principe conscients, quoiqu'ils aient leur source dans l'affectivité subconsciente (pulsions, etc.), de laquelle ils proviennent par le truchement d'élaborations subconscientes⁸.

Nous concluons en disant que les mobiles de chaque acte sont constitués par des phénomènes psychiques de caractère affectif, dans l'acception la plus large du terme, c'est-à-dire de tendances pulsionnelles et instinctives et de sentiments proprement dits⁹, tendant à susciter une modification externe quelconque, poussant à l'accomplissement d'un acte déterminé.

3. Si l'on considère l'évolution de la notion de mobile, on constate qu'elle est parallèle à l'évolution de la théorie générale qui, à chaque époque, prédomine en psychologie, notamment de la théorie relative à la volonté. La psychologie de la première moitié du XIX^e siècle, qui ne faisait que décrire des faits externes, admettait l'existence d'une volonté, dans l'acception d'une force noétique (intellectuelle), distincte des mobiles bien qu'elle en fût voisine. Ces derniers étaient principalement des représentations noétiques.

C'est avec *Schopenhauer*¹⁰ et quelques psychologues et philosophes postérieurs, qu'apparut pour la première fois la notion de phénomènes psychiques « inconscients » et que fut soulignée l'importance capitale des sentiments. On commença dès lors à faire reposer le processus volitif sur ces deux fondements également.

Ribot, dans son livre célèbre consacré aux sentiments¹¹, fit une subtile analyse des états affectifs et souligna le rôle primordial qu'ils jouent dans le processus volitif. Les mobiles de l'acte sont essentiellement des sentiments dans l'acception la plus large du terme.

Wundt ouvre la voie de la psychologie empirique, laquelle exclut toute position métaphysique, aussi bien idéaliste que matérialiste —

⁸ Les sentiments (au sens large du terme) se nomment en allemand « Gefühle » et « Affekte », termes employés dans un sens large ou étroit : v. KERN, *Vom Seelenleben des Verbrechers*, 1964, p. 165 ; WUNDT, *op. cit.*, pp. 203-204 (§ 13), distingue ces deux notions, considérant que les « Affekte » sont des « Gefühle » (sentiments), mais avec une certaine durée et avec une énergie plus intense : ce sont les « Affekte » qui deviennent des mobiles, selon cet auteur ; v. également H. WALDER, *Der Affekt und seine Bedeutung im Schweiz. Strafrecht*, in RPS, pp. 25 ss. En italien on emploie le terme « affettività », v. GRISPIGNI, in *Sc. Pos.*, 1952, p. 123. En français, « affects » et « sentiments », v. RIBOT, *La psychologie des sentiments*, 10^e éd., 1917, introduction ; G. DUMAS, *La vie affective*, 1948.

⁹ V. C. GARDIKAS, *Les crimes impulsifs* (en grec), in Ann. Pén., 1965, p. 67. Selon cet auteur, les mobiles sont des tendances affectives et émotionnelles, des désirs, des humeurs, des pulsions, des élans pulsionnels, des élans instinctifs.

¹⁰ V. *op. cit.* dans la n. 7, p. 13.

¹¹ V. *supra*, n. 4, p. 13.

la seconde étant alors prédominante. Il veut par l'observation directe examiner les phénomènes psychiques, de façon concrète et non abstraite.

Comme on ne saurait étudier les phénomènes subconscients par l'observation et l'expérience, on ne devrait pas les prendre en considération. Par conséquent, il n'examine le processus volitif qu'en tant que processus conscient.

Quant aux mobiles, desquels procède l'acte volontaire, ils sont une combinaison de phénomènes psychiques, intellectuels et affectifs. Nous nous arrêterons plus particulièrement sur la définition qu'en donne Wundt, parce qu'elle a influé profondément sur la psychologie de son époque et que son influence se fait encore sentir sur certains criminologistes et nombre de pénalistes. Pour lui, en effet, les mobiles, source directe de l'acte, sont la combinaison d'une représentation et d'un sentiment¹². Il appelle la partie intellectuelle — c'est-à-dire la représentation du résultat visé — « *Beweggrund* », tandis que la partie affective, « *Triebfeder* ». Mais seule la seconde est décisive dans la préparation d'un acte volontaire. Ainsi, une décision de la volonté, découlant de considérations purement intellectuelles opposées aux sentiments, aux tendances, etc. de l'agent, est psychologiquement impossible : elle contient en elle-même une antinomie psychologique¹³, parce que les processus intellectuels ne peuvent jamais neutraliser les sentiments, sauf s'ils deviennent la source de nouveaux sentiments¹⁴.

Il ne fait pas de doute que Wundt, par l'influence qu'il exerça, contribua fort à l'approfondissement de la notion de mobile.

Mais c'est la psychanalyse — avec les diverses écoles psychanalytiques et psychologiques qu'elle suscita — qui permit d'approfondir cette notion d'une façon beaucoup plus pénétrante et cela grâce à l'étude et à l'observation de cette partie du psychisme que Wundt considérait précisément comme échappant à toute observation : le subconscient ou l'inconscient. Voici quelles furent, relativement aux mobiles, les conséquences de cette investigation : 1° elle mit en évidence le fait que les mobiles peuvent être subconscients ou inconscients ; 2° elle montra que même si les mobiles paraissent conscients, il existe derrière eux des mobiles inconscients plus profonds ; 3° elle insista sur le fait que souvent les mobiles conscients ne sont que des mobiles putatifs ; 4° elle conclut enfin que la partie consciente, intellectuelle, des mobiles n'en est pas un élément indis-

¹² V. *loc. cit.*, p. 222.

¹³ « *einen psychologischen Widerspruch* », v. *loc. cit.*, p. 223.

¹⁴ V. *loc. cit.*, p. 228.

pensable ; ce sont les phénomènes affectifs seuls, dans l'acception la plus large du terme, qui le sont ¹⁵.

Après cet exposé sommaire consacré à l'évolution de la notion des mobiles en psychologie générale, nous aborderons maintenant les opinions d'auteurs qui ont spécialement étudié la psychogénèse d'un acte. Ces auteurs sont des psychologues, des criminologues ou des psychiatres. Quoi qu'il en soit, les opinions des criminologues et des psychiatres citées dans cette partie (A) du présent chapitre ne valent pas seulement pour la criminologie, mais également pour la psychologie en général. Les théories concernant plus particulièrement la criminogénèse seront exposées dans la partie suivante (B) de ce même chapitre. Quant aux opinions des pénalistes, elles seront exposées aux chapitres II et III.

4. *Wundt*, étudiant le processus volitif ¹⁶, classe les actes en trois catégories.

A partir de la simple réaction irréflechie, provoquée par une incitation affective, se développe le vrai processus volitif. L'évolution de la volition commence par l'acte volitif le plus simple, que *Wundt* appelle « *Triebhandlung* », pour passer à la « *Willkührhandlung* » et parvenir à la « *Wahlhandlung* ».

Wundt distingue ces catégories d'après les mobiles.

Dans la première d'entre elles (« *Triebhandlungen* » ou actes instinctifs), il n'existe qu'un seul mobile qui procède d'un sentiment unique fondé sur une sensation. Chez les animaux ce sont les « *Triebhandlungen* » qui constituent la grande majorité de leurs actes ; chez l'homme, elles forment un petit nombre d'actes découlant directement de sensations affectivement colorées, ou bien d'actes qui sont le fruit d'un processus volitif plus complexe mais devenu habituel.

Avec la seconde catégorie (« *Wilkürhandlungen* » ou actes autoritaires, volontaires), on est en présence d'une pluralité de sentiments et de représentations (c'est-à-dire de mobiles) qui incitent à accomplir des actes différents. Il s'agit d'un processus volitif complexe. Mais, dans celui-là également, l'agent agit, finalement, sous la pression d'un seul mobile ou de la résultante des mobiles existant simulta-

¹⁵ Dans la suite du présent chap., A n° 9 et B n° 3 et 7, ainsi qu'au chap. IV A n° 2 nous donnerons des explications plus détaillées sur l'aspect psychanalytique. V. aussi *infra* pp. 17 s. les opinions de *LERSCH* sur le rôle du subconscient dans le processus volitif.

¹⁶ *Op. cit.*, pp. 222 ss.

nément. Ce mobile final est le fruit d'un conflit entre mobiles qui se renforcent mutuellement ou se combattent entre eux.

Lorsque ce combat est nettement perceptible par l'agent (« deutlich wahrnehmbar »), il s'agit d'une « Wahlhandlung », d'un acte électif (troisième catégorie). Mais ce combat est tantôt clairement perceptible, tantôt « obscurément conscient » (« dunkel bewusst »). Ce n'est que dans le premier cas qu'il s'agit d'un pur acte électif. Donc, conclut l'auteur, la différence qui existe entre « Willkürhandlung » et « Wahlhandlung » est floue ¹⁷.

En d'autres termes, la distinction qui existe entre ces deux catégories d'actes volontaires consiste dans le fait que le combat que se livrent les mobiles — lesquels sont nombreux dans les deux catégories — a pour théâtre, dans le premier cas, le subconscient, dans le second, le conscient. Mais Wundt ne précise pas si ce dernier combat est également précédé d'une lutte subconsciente.

Nous estimons pour notre part que, comme dans le cas des actes volontaires, on doit admettre que dans les actes électifs également on finit par agir avec un seul mobile ou la résultante de plusieurs mobiles. Le lieu du psychisme où se déroule le combat ne change rien au fait qu'on finit toujours par agir sous l'impulsion d'un seul mobile (dominant ou fruit de la synthèse de plusieurs mobiles, à la suite d'un conflit) ¹⁸.

5. Ph. Lersch, psychologue fortement influencé par les acquis des écoles psychanalytiques, analyse de façon approfondie la psychogénèse de l'acte ¹⁹ et plus particulièrement du processus volitif ²⁰. Mais il a subi également l'influence de Wundt, de L. Klages et de Jaspers.

Au contraire de Wundt, Lersch non seulement distingue la volonté des mobiles, mais il la considère comme une fonction autonome (« selbständig ») de notre psychisme. Les mobiles, quant à eux, sont des incitations (Antriebe), produits de pulsions et de tendances qui siègent dans le fond incontrôlable du psychisme ²¹. Il se range toutefois à l'opinion de K. Jaspers ²², pour qui la volonté est une fonction purement formelle : elle ne crée rien, ne fait que choisir, empêcher ou stimuler ce qui existe déjà. Mais des éclaircissements qui

¹⁷ *Op. cit.*, p. 225.

¹⁸ V. *infra*, pp. 27 s.

¹⁹ V. Ph. LERSCH, *Der Aufbau der Person*, 11^e éd., 1970, pp. 459 ss.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 483 ss.

²¹ Cela résulte de la comparaison des pages 484, 485 et 491 *op. cit.*, mais LERSCH n'y donne pas de définition du « Motiv ».

²² V. JASPERS, *Psychologie der Weltanschauungen*, 1922, p. 361.

suivent il résulte que Lersch confond la volonté avec le Moi conscient (Ich) ²³.

Lersch, se fondant sur le principe qui précède, classe les actes humains en trois groupes : les actes impulsifs (Impulshandlungen), les actes volontaires simples (einfache Willenshandlungen) et les actes électifs (Wahlhandlungen). Dans le premier cas, on agit immédiatement après une incitation affective. Dans le second, l'incitation affective est suivie : de la fixation d'un but ; de la phase de la concentration des forces psychosomatiques qui atteint la conscience (phénomène psychique nommé par lui « Willensruck », d'après W. Stern) ; enfin, de la phase de l'organisation de l'exécution matérielle de l'acte. Ces trois phases sont accomplies dans le « Hiatus der Bewusstheit » (hiatus du conscient), c'est-à-dire dans un certain intervalle séparant l'incitation de sa réalisation. Dans l'acte volontaire cependant, comme dans l'acte impulsif, le mobile est unique. Dans l'acte électif en revanche, les mobiles sont plus ou moins nombreux, et la décision d'agir n'est prise qu'après une réflexion qui repose sur des élaborations noétiques ²⁴. Pourtant il subsiste encore une différence entre un acte volontaire simple et un acte électif : c'est que, dans le premier, le but seul est conscient et non pas le mobile, tandis que, dans le second, le mobile également doit être conscient. Mais, ajoute l'auteur, ce n'est pas toujours le mobile effectivement décisif qui est conscient : on peut se tromper sur ses propres mobiles ; les mobiles putatifs (Scheinmotiv) sont le fruit du processus de l'autojustification ou rationalisation (Scheinbegründung, Rationalisierung). C'est le cas lorsque la raison justifie des pulsions qu'elle ne peut pas réprimer, bien qu'elle les désavoue.

C'est ainsi que, contrairement à Wundt et à sa conception de l'acte électif, Lersch dans la psychogénèse de cette espèce d'acte également assigne au subconscient un rôle important. On est ainsi amené à admettre que le subconscient intervient dans le processus volitif de tout acte volontaire (simple ou électif). En outre, la naissance même

²³ V. LERSCH, pp. 485-486. En ce qui concerne le rôle du Moi conscient dans le processus volitif, v. *infra*, pp. 46 ss.

²⁴ WUNDT admet qu'il y a plusieurs mobiles, même dans les actes volontaires simples (« Willkürhandlungen ») ; ces derniers ont, en tout cas, un sens plus large que les « Willenshandlungen » de Lersch, dont en revanche le groupe des « Wahlhandlungen » est plus large que celui de Wundt. Comparer *supra*, pp. 16 s. Nous estimons qu'en règle générale *tout acte revêtant une certaine importance pour son auteur* est un acte électif, dans le sens qu'il est le résultat d'une décision prise après une certaine réflexion, *ce qui suppose l'existence de plusieurs mobiles* (incitateurs et inhibiteurs), source du mobile final, v. *infra* : Le mécanisme des mobiles, pp. 44 ss.

des mobiles, tels qu'ils sont, nous l'avons vu, conçus par Lersch, a lieu dans le psychisme profond et subconscient.

6. Toutefois les conceptions relatives au psychisme profond furent appliquées aux mobiles de façons très variées.

Gruhle, après avoir défini comme « Motiv » le mobile (« Beweggrund »), la source, l'origine (« Herkunft ») de l'acte²⁵, précise que celui-ci, en tant que contenu, peut être un état de la volonté, un sentiment-passion (« Affekt »), ou enfin une particularité ou une tendance du caractère ou du tempérament. Toutefois, il écrit un peu plus loin²⁶ que les mobiles sont les données ultimes (« die letzten Gegebenheiten ») de la structure psychique, les facultés psychiques fondamentales, la source psychique de l'acte, souvent inconsciente.

Nous estimons que si nous acceptons semblable contenu notionnel, les mobiles *proprement dits* risquent de ne pas être compris dans cette notion. Les mobiles proprement dits sont *une force de nature affective poussant à un acte déterminé*, découlant des pulsions, des tendances, des particularités caractérielles, etc., *après qu'elles se sont combinées avec toutes les conditions externes ou internes* existant lorsque est prise la décision criminelle.

En d'autres termes, il est juste d'affirmer que les mobiles trouvent leur origine dans des tendances pulsionnelles et des traits de caractère ; d'ordinaire cependant, la décision d'accomplir un acte est immédiatement précédée d'un mobile de nuance affective issu de ceux-ci, *à la suite d'une élaboration psychique propre à chaque personnalité confrontée à des circonstances déterminées*.

C'est pourquoi les causes psychiques profondes de l'acte sont en réalité des tendances fondamentales pulsionnelles ou caractérielles, desquelles découlent, en principe, à la suite de l'élaboration psychique susmentionnée²⁷, les mobiles proprement dits²⁸. Cependant une pul-

²⁵ H. GRUHLE, *Motiv und Ursache in der Kriminologie*, in *MoKrim.*, 1936, pp. 113-131. V. encore du même auteur : *Ursache, Grund, Motiv, Auslösung*, in *Verstehen und Einfühlen* (Gesammelte Schriften), pp. 56 ss.

²⁶ *Op. cit.*, p. 127.

²⁷ Les actes compulsifs et impulsifs p. ex. font exception : cf. à ce sujet ci-dessous, pp. 49 s.

²⁸ La distinction que nous faisons ci-dessus entre mobiles profonds et mobiles proprement dits correspond essentiellement à la distinction établie par M. NEUMEYER entre « mobiles généraux » et « facteurs complémentaires » (« Ergänzungsfaktoren ») : cf. M. NEUMEYER, *Das Motiv der Straftat und seine strafgesetzhche Verwendung*, thèse, München, 1950, notamment pp. 42 s. Cf. *infra*, pp. 80 ss. (Neumeyer). La distinction que fait également A. THOMSEN entre « Urmotive » et « Zwischenmotive » est analogue ; v. pour plus de détails, p. 82.

sion quelconque, une particularité caractérielle ne suffisent pas pour qu'il y ait genèse d'un acte (du point de vue psychologique). C'est une élaboration dynamique faite par le psychisme tout entier qui fera naître le mobile déterminé d'un acte concret.

Voilà pourquoi, par exemple, la rivalité amoureuse seule ne suffit pas à provoquer l'homicide d'un rival. D'où il ressort que s'il existe de nombreux individus en état de rivalité amoureuse, bien peu cependant vont jusqu'à commettre un crime pour cette raison. En effet, chaque individu réagit de façon différente, selon le mobile concret qui sera né de la combinaison de sa personnalité psychique et des circonstances externes et internes du moment où est prise la décision. Ce mobile l'incitera à commettre un acte déterminé²⁹.

L'expression « chaîne de mobiles »³⁰ correspond à la naissance successive des mobiles et inclut des mobiles proprement dits, ainsi que des tendances pulsionnelles et des particularités caractérielles desquelles les premiers sont nés³¹.

7. *Bürger-Prinz*, professeur de psychiatrie, se situe, dans une de ses études spéciales intitulée *Motiv und Motivation*³² aux antipodes de Gruhle, dont il rejette la définition du mobile (Affekt, Charakter, Temperament) comme étant trop restreinte. Nous avons nous-même admis ci-dessus qu'elle était étroite. Bürger-Prinz en revanche, en mettant l'accent de façon excessive sur les facteurs externes, qu'il désigne par l'adjectif « überindividuell », pose en principe que

²⁹ Cf. ci-dessous l'explication détaillée : C) *Le mécanisme des mobiles*. MEISSNER, dans son étude spéciale intitulée *Motiv und Gesinnung im Strafercht*, § 8, p. 36, rejette l'opinion selon laquelle les particularités caractérielles constituent des mobiles (Motive) ; il n'admet comme tels que les mobiles proprement dits. Cf. ci-dessous, p. 80 (opinions de Meissner).

³⁰ Cette chaîne est simplement, selon GRUHLE (conséquent avec lui-même dans son principe selon lequel seules les particularités psychiques *ultimes* sont des mobiles), une bonne image, mais non point une définition à proprement parler (*op. cit.*, p. 121). Tout au contraire, M. NEUMEYER admet effectivement cette chaîne comme correspondant à la notion de mobiles, en étendant même celle-ci, par la suite, au but final. A. THOMSEN va encore plus loin, puisqu'il l'étend au but immédiat. Cf. à ce sujet, ci-dessous, chap. II B, n^{os} 8 et 5. DASKALOPOULOS, *Précis de criminologie* (en grec), t. I, fasc. I, p. 50, paraît admettre la genèse successive des mobiles, plutôt dans le sens de Gruhle, bien que sa définition du mobile soit très vague (« on appelle mobile un événement psychique duquel découle un autre événement psychique » ; et il ajoute qu'il s'agit « de forces psychiques de toutes sortes »).

³¹ THOMSEN (*Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs*, 1902, p. 248) estime qu'il n'existe jamais, même dans le processus volitif le plus simple, un seul mobile, mais bien toujours une chaîne de mobiles. Cf. aussi *infra*, p. 82.

³² Hamburg, 1950.

l'homme, dans sa structure caractérielle, n'est trop souvent que le lieu où quelque chose se passe (« der Mensch in seiner charakterlichen Verfassung ist allzu oft nur der Ort an dem sich etwas abspielt »)³³. Il met au nombre de tels facteurs certaines convictions de l'individu, convictions qui se sont formées en lui de façon inconsciente (à savoir le « Sur-moi » des psychanalystes), ou certains objets devenus particulièrement importants pour la vie d'une personne³⁴. Mais, remarquons-nous, ces facteurs, qui sont dus au milieu, sont devenus internes, psychiques, très chargés du point de vue affectif ; ils se traduisent, d'ailleurs, sous l'effet de certains stimuli externes, « en incitations teintées d'affectivité poussant à l'accomplissement d'un certain acte », expression par laquelle nous définissons les mobiles. Par conséquent, ces facteurs, qui à l'origine étaient supra-individuels, n'en sont pas moins devenus individuels, personnels, même s'ils ne constituent pas des traits de caractère.

8. Kern³⁵ définit les mobiles, en se fondant sur la définition de Wundt, comme étant une représentation teintée d'affectivité, propre à susciter la volonté d'accomplir un acte déterminé. Puis il distingue dans le mobile, conformément à sa définition, un facteur noétique qu'il nomme « Beweggrund », motif, consistant en une représentation, et un facteur affectivo-pulsionnel (« Triebfeder »). Il précise toutefois que l'agent n'est pas toujours conscient *de la représentation* (du motif) cachée derrière le mobile. L'auteur ajoute que, *selon la psychologie des profondeurs*, le mobile peut être inconscient.

Le fait que le mobile puisse être inconscient est généralement admis aujourd'hui. Mais la façon dont Kern a ajouté ce principe de la psychologie actuelle à la définition de Wundt n'est, à notre avis, pas correcte. Car ce n'est pas l'élément noétique et cognitif (la représentation), qui est inconscient. Un élément noétique inconscient, une représentation inconsciente, ne saurait se concevoir ; il n'existe pas, tout simplement, et par conséquent n'a jamais fait partie du mobile. C'est pourquoi nous ne considérons pas la représentation, le facteur noétique ou mental, comme un élément indispensable de la notion de mobile, en particulier dans les actes criminels. Les mobiles

³³ *Op. cit.*, p. 15. Une telle conception relève plutôt, selon nous, de la psychiatrie que de la psychologie, puisqu'elle s'applique mieux à des cas pathologiques. DE GREEF rejette cette conception (v. *Criminogénèse*, in Actes II Congrès Intern. de Criminologie, t. VI, p. 269).

³⁴ V. ces cas p. 16 de l'ouvrage cité ci-dessus.

³⁵ E. KERN, *Vom Seelenleben des Verbrechers*, Hamburg, 1964, pp. 34 ss.

réels, d'ordre pulsionnel et affectif, c'est-à-dire ceux que Kern désigne du nom de « Triebfeder », peuvent être subconscients ou inconscients ; ce sont eux qui, pour nous, constituent la notion même de mobile.

9. Il résulte de ce qui précède que la conception hédoniste de la motivation, par laquelle nous avons ouvert ce chapitre, a acquis une profondeur et une complexité toutes nouvelles.

Selon la psychologie des profondeurs, l'agent ne connaît pas, en principe, les racines profondes de son acte, c'est-à-dire qu'il ignore l'origine et les raisons de son attitude affective par rapport à une situation déterminée ; il ignore le pourquoi de la prédominance de telle ou telle nuance ainsi que les raisons pour lesquelles celle-ci l'emporte sur les forces inhibitrices relatives. Donc il ne sait quelle tendance profonde, pulsionnelle ou affective, il cherche réellement à satisfaire en commettant son acte. C'est que le rôle du subconscient, c'est-à-dire de la partie non consciente de notre personnalité, dont les racines plongent dans le monde des instincts, des pulsions, des impulsions ainsi que des tendances et des désirs qui en découlent, est fondamental pour la genèse de notre attitude affective générale (c'est-à-dire de notre caractère) et, par conséquent, de notre attitude affective spécifique relativement à un sujet ou à un état donnés ; le rôle du subconscient est donc fondamental pour la genèse et la prédominance des mobiles d'un acte déterminé ³⁶.

La psychologie profonde actuelle professe donc que *tout* processus de volonté comporte des éléments inconscients ou subconscients qui, soit comme incitations, soit comme inhibitions, échappent à l'auteur d'un acte (quoiqu'ils soient actifs et dynamiques). Ces éléments tirent leur origine des expériences vécues par l'homme

³⁶ Quoique BÜRGER-PRINZ, dans son ouvrage précité, ne semble pas admettre les principes de la psychanalyse, il accepte toutefois (au fond) l'immense importance du subconscient, puisqu'il estime qu'il ne reste à l'homme en action que la motivation secondaire, sans que celle-ci puisse nous rendre intelligibles ou sensibles les mobiles initiaux. Selon lui, la personnalité (il devrait dire, à notre avis, le Moi conscient ou la personnalité consciente, ce qui n'est qu'une partie de la personnalité totale), la personnalité donc, avec sa structure, son caractère, son état à un moment donné (« Augenblicksverfassung »), est une « marionnette » ; les incitations (« Antriebe ») s'exercent au moyen de ficelles ; quant aux mobiles, situés à l'extrémité des ficelles, ils sont les mains directrices qui demeurent invisibles et en dehors de l'individu (nous dirions, pour notre part, qu'elles agissent dans l'inconscient, mais qu'elles font également partie de la personnalité). Nous estimons que seules les précisions interprétatives ou modificatrices données ci-dessus entre parenthèses peuvent rendre admissibles les opinions de l'auteur qui, particulièrement influencé probablement par l'étude d'états pathologiques qui font de l'homme le jouet de circonstances extérieures, présente toujours celui-ci comme la proie de ces circonstances.

depuis le début de sa vie ainsi que de la somme des expériences du genre humain tout entier (selon l'école de Jung)³⁷. Comme Gruhle le souligne, les mobiles subconscients ne sont pas forcément des mobiles refoulés, comme certains le pensent en généralisant à tort³⁸.

10. En conclusion, nous dirons que *les mobiles de tout acte sont de caractère affectif ; ils ne sont toutefois pas forcément conscients ; bien au contraire, ils sont toujours en partie, et souvent même en grande partie, inconscients.*

*En revanche, un but inconscient est inconcevable, du point de vue notionnel, étant donné que le but (Zweck, scopo, fine) est la représentation du résultat auquel l'auteur tend par son acte*³⁹. C'est donc un phénomène noétique et non affectif. Le but est « la fin », alors que le mobile est la source de l'acte. La preuve de la différence existant entre ces deux notions est fournie par le fait qu'à un seul et même but peuvent correspondre des mobiles variés⁴⁰.

Nous allons donner deux exemples afin de rendre plus claire la distinction que nous faisons entre les notions de mobile et de but. L'un de ces exemples se rapporte à un acte d'utilité publique, l'autre à un acte socialement nuisible, criminel. Nous nous proposons d'analyser le but et les mobiles de l'un et de l'autre.

Premier exemple. A. fait don d'une somme considérable destinée à la fondation d'une institution de bienfaisance. Son but est de fonder cette institution. Cependant les mobiles qui le font agir peuvent être variés. Il se peut qu'il ait décidé de faire ce don en raison de la sympathie sincère qu'il éprouve pour ses concitoyens souffrants, dont il désire sincèrement atténuer les tribulations qu'il a lui-même endurées au cours de son enfance et de son adolescence. Il se peut aussi

³⁷ V. JUNG, *Seelenprobleme der Gegenwart*, traduction italienne publiée sous le titre : *Il problema dell'inconscio nella psicologia moderna*, Einaudi, 1942, pp. 130 ss. ; GEMELLI, *La personalità del delinquente*, 1948, p. 145 ; GRISPIGNI, *Dir. pen. italiano*, 1950, I, p. 223 ; GORPHE, *op. cit.*, p. 1593.

³⁸ Gruhle, *op. cit.*, p. 120.

³⁹ Selon PIAGET, il existe aussi un « inconscient cognitif ». Ce sont les mécanismes intimes qui ont formé la pensée d'un sujet en tant que structure et fonctionnement ; ces mécanismes restent inconscients, cependant que *leur résultat est conscient* : v. J. PIAGET, *Problèmes de Psychologie génétique*, 1972, pp. 37 ss. (inconscient affectif et inconscient cognitif).

⁴⁰ Gruhle est du même avis dans l'ouvrage cité ci-dessus, p. 117. La différence existant entre ces deux notions ne signifie pas qu'elles se séparent au cours de la genèse de la décision criminelle. V. encore MEZGER, *Kriminalpolitik*, p. 194 ; KELLER, *Psychologie und Philosophie des Willens*, 1954, pp. 89 ss. Cf. également ci-dessous, p. 75 (opinions d'Altavilla) ainsi que le présent chap., p. 26.

qu'il se soit décidé à agir ainsi afin de faire étalage de son autorité et de sa puissance aux yeux de ses concitoyens, à l'égard desquels, en raison de sa pauvreté d'autrefois, il éprouvait un complexe d'infériorité. Il peut également avoir consenti ce don pour s'épargner de plus lourdes charges fiscales (la somme ainsi défalquée lui permettant de se maintenir dans une échelle fiscale inférieure). Il est aisé d'imaginer d'autres mobiles encore, ainsi que de nombreuses combinaisons de ceux-ci — ce qui est de règle — et notamment des combinaisons qui échappent, au moins partiellement, à celui-là même qui commet l'acte, au donateur en l'occurrence.

Il est également possible que le bienfaiteur lui-même croie agir selon un mobile autre que celui qui le fait agir en réalité ; il peut aussi considérer comme mobile principal un mobile en fait secondaire, notamment celui qui tend à le présenter comme un être moralement supérieur, étant donné que nous avons toujours tendance à nous juger meilleurs que nous ne le sommes et à considérer notre comportement comme moral et justifié ⁴¹.

En conclusion : tandis que le but est unique et conscient, les mobiles, variés, peuvent être parfois inconscients.

Second exemple. B. vole une somme considérable dans l'entreprise où il travaille. Son but final est de pouvoir monter, grâce à cet argent, une entreprise personnelle ⁴². Mais ses mobiles peuvent être divers : le désir d'accéder à la puissance afin de neutraliser un complexe d'infériorité tyrannique ; la haine qu'il ressent pour le propriétaire de l'entreprise et le besoin qu'il éprouve de se venger de lui en lui infligeant une perte d'une part, en lui montrant d'autre part qu'il n'a plus guère besoin de lui ; la conquête d'une femme pour laquelle il éprouve une passion amoureuse profonde et que la richesse attire particulièrement, ou d'autres mobiles encore.

Dans cet exemple, les mobiles peuvent donc varier et notamment, selon le principe admis, consister en une combinaison de plusieurs mobiles, cependant que le but final est toujours le même.

Ces mobiles peuvent également être soit conscients, soit inconscients, soit en partie conscients, soit en partie inconscients ; les uns peuvent être encore apparents et conscients, les autres plus profonds et inconscients. Si, par exemple, le mobile principal est le premier de

⁴¹ V. A. NICEFORO, *L'« Io » profondo e le sue maschere*, 1949, pp. 21 ss.

⁴² Le but spécial que le CPS (art. 137) requiert pour l'établissement du vol (« pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime ») n'est pas un but final. V. *infra*, p. 25.

ceux qui sont cités ci-dessus, à savoir la neutralisation d'un complexe d'infériorité, il est fort probable que le mobile réel échappe à l'auteur et ne soit pas, de ce fait, conscient. En revanche, le but qu'il cherche à atteindre est forcément conscient ; il s'agit toujours pour lui de fonder une entreprise personnelle.

11. Le but se subdivise, par ailleurs, en but immédiat (ou intermédiaire) et en but final.

Par exemple : A, en fabriquant de la fausse monnaie *dans le dessein de la mettre en circulation*, commet, selon les articles 240 du CPS et 207 du C.P.Gr., le délit de fabrication de fausse monnaie. Il est possible qu'il se soit livré à cette falsification dans le dessein plus éloigné d'accroître sa fortune ou de satisfaire aux exigences de sa maîtresse qui l'importunait, car elle connaissait ses qualités techniques ainsi que l'amour passionné qu'il lui vouait.

De ces buts, le premier (cité aux articles susmentionnés) est direct ou intermédiaire ; on peut l'appeler aussi dessein ou « Absicht ». Le second — soit l'un, soit l'autre — est le but final.

Le but est plus superficiel que les mobiles. Ceux-ci constituent une notion toute différente du but intermédiaire, lequel est simplement un moyen qui permet d'atteindre le but final. Cependant les mobiles coïncident *en partie*, c'est-à-dire en tant que contenu de la représentation, avec le but *final, lorsqu'ils sont conscients*, mais ils diffèrent toujours du but par rapport à la charge affective, laquelle caractérise exclusivement les mobiles. C'est que les mobiles *conscients* sont des phénomènes se rapportant à la sphère affective (c'est le cas de tous les mobiles) ; toutefois ils comportent un important élément noétique (dont sont privés les mobiles inconscients), élément qu'ils ont en commun avec le but final. Cette identité partielle des mobiles *conscients* et du but *final* intervient également dans le mobile putatif. En d'autres termes, lorsque les mobiles sont inconscients pour l'auteur, qui considère cependant comme mobiles d'autres mobiles (qui ne sont pas les vrais), le but *final* coïncide, en partie (c'est-à-dire à l'exception de l'élément affectif), avec les mobiles *putatifs*.

Ainsi, lorsque, dans l'exemple cité ci-dessus, le mobile — ou du moins le mobile principal — dont l'auteur est conscient, est la satisfaction des exigences de sa maîtresse, ce mobile et le but final *coïncident quant au contenu noétique*, mais diffèrent quant à la nuance affective que seuls possèdent les mobiles. Mais lorsque le mobile — le

mobile principal du moins — est inconscient, c'est-à-dire plus profond que le mobile conscient le plus éloigné, il est alors naturel que les deux notions de but et de mobile soient *totale*ment différentes. C'est ainsi que, si le but éloigné de la falsification est d'accroître sa fortune, les mobiles sont probablement inconscients : ce peut être, par exemple, un besoin intense, profond et subconscient, de neutraliser un complexe d'infériorité tyrannique. Dans ce cas, le but éloigné ou final de l'auteur *ne coïncide en rien* avec les mobiles réels mais inconscients ; toutefois il coïncide partiellement avec les mobiles putatifs et conscients. Supposons que, dans l'exemple précédent, l'auteur ait cru que le mobile de son acte était le plaisir de satisfaire, de façon plus complète, aux besoins matériels de sa famille : c'est à ce mobile — à savoir la satisfaction plus complète des besoins matériels de sa famille, et non la neutralisation de son complexe d'infériorité personnel, qui constitue le contenu de son mobile vrai mais inconscient — qu'il assigne aussi le but final du faux monnayage.

Conclusion : *Les notions de mobile et de but, intermédiaire et final, sont différentes*. Le but direct ou intermédiaire ne coïncide jamais et sur aucun point avec le mobile ; quant au but final, il peut coïncider en partie avec le mobile, c'est-à-dire seulement quant au contenu de la représentation d'une modification extérieure plus ou moins lointaine, à condition que le mobile soit *conscient* (réel ou putatif) ⁴³.

Ainsi, l'opinion selon laquelle le mobile et le but sont des notions identiques (c'est-à-dire l'opinion selon laquelle, lorsqu'on considère l'acte par rapport au passé, on l'appelle mobile, lorsqu'on le considère par rapport à l'avenir, on l'appelle but) n'est pas correcte.

12. Nous estimons utile d'apporter à ce sujet la précision suivante. Tout acte humain découle d'une fonction psychique à la fois causale et téléologique. Pendant la psychogénèse de l'acte, les mobiles et les buts n'agissent pas séparément. Nous estimons cependant qu'il conviendrait de distinguer entre l'opportunité psychique, inhérente à chaque acte, et le but. Le but est toujours conscient, noétique, et se rapporte à *un résultat externe spécifique*. L'opportunité psychique a un sens beaucoup plus large : elle est subconsciente, instinctive, et vise à servir les besoins *psychiques profonds* de l'individu, sans que celui-ci s'en rende compte. L'opportunité, dans ce sens, existe dans toute activité. Même quand un acte, quel qu'il soit, n'apparaît pas

⁴³ Cf. à ce sujet ci-dessous, p. 77 (opinions de Malinverni).

comme étant le résultat d'une fonction téléologique quelconque — c'est le cas lorsqu'un acte survient subitement, sans que l'auteur ait conscience de son but objectif —, il sert encore une opportunité psychique inconsciente, par exemple le dévouement d'un état affectif asphyxiant.

Dans ce sens, l'opportunité psychique profonde et *inconsciente* est comprise dans la notion de mobile : il s'agit d'un *besoin psychique subconscient* qui pousse à l'accomplissement d'un acte, lequel aura comme *résultat* l'apaisement de cette tension *interne*⁴⁴. En revanche le but, *nettement distinct* toutes les fois qu'il existe, consiste en la poursuite *consciente d'un résultat extérieur* déterminé et coïncide par ailleurs avec les mobiles conscients précisément quant à la représentation de ce résultat.

Il s'ensuit de tout ce qui précède que mobiles et buts s'entremêlent dans l'action à cause de l'unité de la psychogénèse d'un acte. Ce qui signifie que causalité et finalité se combinent dans l'activité humaine. Et c'est justement ce qui fait la différence entre les « causes » d'un acte humain et celles d'un phénomène naturel⁴⁵.

13. En conséquence de l'analyse notionnelle que nous venons de faire, les mobiles sont, psychiquement parlant, plus profonds que le but, plus proches de la racine de l'acte, c'est-à-dire des tendances, des instincts, des pulsions, du noyau de la personnalité humaine. Dès lors, si dans l'examen des mobiles nous nous arrêtons au but, c'est comme si nous nous arrêtons à mi-chemin en remontant de l'acte vers sa source. Afin de pénétrer la personnalité humaine, il est nécessaire de mettre au jour les mobiles profonds et réels⁴⁶.

En règle générale, plus les mobiles de l'agent sont insolites et profonds (et, partant, inconscients), plus important est son acte pour sa vie et plus grave il paraît à la société.

Les mobiles de l'agent ne sont pas un mobile isolé, mais une combinaison de plusieurs mobiles conscients et inconscients dite « Motivbündel », « faisceau de mobiles »⁴⁷. Les mobiles varient en

⁴⁴ Selon DE GREEFF (*Criminogénèse, loc. cit.*, p. 271), un acte, alors même qu'il nous paraît être une régression, constitue pour son auteur « son meilleur équilibre ». V. aussi *infra*, p. 40.

⁴⁵ V. à ce sujet ci-dessous, pp. 75 ss. (opinions d'Altavilla) et 137 ss.

⁴⁶ Sur les méthodes d'exploration des mobiles profonds v. *infra*, pp. 132 ss.

⁴⁷ KRETSCHMER, *Medizinische Psychologie*, 4^e éd., p. 174 et SEELIG, *Lehrbuch der Kriminologie*, 1963, p. 159. V. ci-dessous, pp. 43 s. et 47. — LERSCH, *op. cit.*, p. 492, n'admet plusieurs motifs que dans les « actes d'élection » (*Wahlhandlungen*), v. ci-dessus pp. 17 s.

nombre et en intensité dans chaque acte déterminé. Mais, au moment de passer à l'action, on finit par agir avec un seul mobile (mobile final), celui qui a prévalu ou qui constitue pour ainsi dire la résultante de tous les mobiles ⁴⁸. Le mobile le plus fort (mobile principal) est, d'ordinaire, celui qui prévaut ou qui influe à titre principal sur la formation de cette résultante.

Ainsi donc, lorsque nous employons, dans le présent travail, le terme « les mobiles », nous entendons par là tous les mobiles (appartenant au faisceau de mobiles) qui sont intervenus avant que la décision ne fût prise ; cependant que lorsque nous employons l'expression « le mobile de l'acte », nous entendons le mobile final, qui intervient au moment terminal du processus volitif. Par extension, on dit aussi : « le mobile », pour désigner même le mobile principal.

14. *Le motif* est synonyme de mobile, mais dans le langage philosophique l'usage veut qu'on entende plus spécialement par motif un état intellectuel (noétique) et par mobile un état affectif. Le mobile suppose un état affectif quelconque (pulsion, désir, passion, émotion, sentiment) qui incite à agir. Le motif implique au contraire une poussée vers une action plus ou moins réfléchie ; il fait agir après détermination. Cela ne signifie pas que le facteur affectif soit absent du motif ; cela veut dire que le facteur intellectuel ou noétique ne peut pas en être absent, cependant qu'il peut ne pas exister dans les mobiles ⁴⁹.

Le motif dernier (ἄφορμή) ⁵⁰ se rapporte au dernier stimulus externe qui a influé sur l'état psychique de l'auteur déjà mûr pour l'acte, à la dernière poussée qui met en mouvement les mobiles psychiques déjà sur le point de déclencher l'acte. C'est la goutte qui fait déborder le vase.

Il s'agit donc là d'une notion encore plus superficielle que le but. Le motif dernier n'est cependant pas sans importance lors de l'investigation de la personnalité de l'auteur. Car plus il paraît insignifiant et futile par rapport à l'acte accompli, plus les mobiles, au sens large du terme, devront être profonds et forts. Le motif-prétexte ou motif-dernier agit donc, en quelque sorte, comme l'étincelle qui suffit à mettre le feu aux poudres.

⁴⁸ V. aussi *infra*, ce même chapitre, p. 53, n° 8.

⁴⁹ Sur la différence existant entre ces deux synonymes, v. *Dictionnaire des synonymes*, R. BAILLY-LAROUSSE, 1971, p. 110 s. v. « cause ».

⁵⁰ Il n'y a pas d'équivalent exact en français du terme grec « ἀφορμή » (identique en grec ancien et en grec moderne).

B) LA PSYCHOGÉNÈSE DE L'ACTE CRIMINEL.

1. Dans l'étude de la genèse de l'acte criminel, toutes les notions analysées ci-dessus (mobiles, but final, but intermédiaire, motif dernier) revêtent une importance particulière. C'est au cours de cette recherche qu'apparaissent plus clairement les différences existant entre elles. Et ce, parce que l'acte criminel représente un comportement humain irrégulier et inhabituel, dont les conséquences sont très graves pour leur auteur. Pour que celui-ci puisse passer outre aux forces inhibitrices de sa personnalité, forces que suscite la morale individuelle et sociale, pour qu'il puisse passer outre à la menace de la peine prévue par le code pénal, il faut que les mobiles de son acte soient profonds et puissants. Lorsqu'il s'agit *notamment de crimes graves* ou d'une activité criminelle exercée *par habitude*, le monde affectif de l'auteur — où, comme nous l'avons dit, les actes ont leur source — doit être agité et troublé par des forces particulièrement oppressives ; l'auteur doit surtout ressentir un profond malaise et supporter avec peine un certain état de choses ; il peut arriver qu'il ressente ce malaise sans en percevoir avec netteté les raisons véritables. Il croit dès lors à l'inéluctable nécessité de recourir à l'acte criminel, qu'il considère comme un moyen propre à remédier à cet état de choses ou à l'adoucir tout simplement.

Lorsqu'il ne s'agit pas de crimes graves ou lorsqu'il s'agit de quelques activités criminelles d'emblée utilitaires, on peut trouver à l'origine de l'acte criminel un état affectif désagréable qui souvent n'atteint pas le degré de malaise profond.

En d'autres termes, le point de départ de toute activité criminelle est un état de tension dû à une frustration⁵¹. Il en résulte chez l'agent un besoin de remédier à cette situation, d'opérer le changement de cet état désagréable en un état agréable ; c'est ainsi que naît le mobile.

⁵¹ V. LAGACHE, *Psycho-criminogénèse*, in Actes II Congrès Intern. de Crim., 1952, t. VI, pp. 143 et 150. — Sur la signification du terme « frustration », créé par FREUD, v. KRECH et CRUTCHFIELD, *Grundlagen der Psychologie*, t. I, p. 363 ; GRAUMANN, *Motivation*, p. 77 ; H. KAUFMANN, *Kriminologie*, pp. 97 ss. ; DOLLARD, MILLER, etc., *Die Frustrations — Aggressions — Hypothese*, in *Motivation menschlichen Handelns* (Thomae), pp. 205 ss. ; LÜCKERT, *Konfliktpsychologie*, p. 167. — La frustration a le sens d'un état de tension désagréable qui provient du fait que certains facteurs (intérieurs ou extérieurs) ont entravé la satisfaction d'une tendance ou d'un besoin fondamental. Cette tendance et ce besoin sont des mobiles auxquels avait abouti le processus de motivation (v. *infra*, ce même chap., pp. 45 ss.

Cet état affectif désagréable existe également à l'origine de l'acte criminel, même quand cet acte paraît n'avoir sa source que dans le désir de jouir d'un plaisir (délits sexuels, délits pervers) : ces actes « affectivement désirables » ont comme point de départ de leur psychogénèse un sentiment d'insatisfaction. D'autre part, ce n'est pas uniquement dans ces délits que l'acte délictueux est affectivement désirable : dans tous les délits, le changement produit par l'acte et, partant, l'acte lui-même, sont plus ou moins affectivement désirés ; le mobile n'est que l'état affectif qui pousse vers cet acte, qui fait désirer l'acte. Mais, dans la plupart des délits, la quête d'un état affectif agréable n'est pas, d'ordinaire, aussi claire ou aussi intense que dans certains autres, tels les délits des délinquants sexuels ou pervers.

Une fois le mobile apparu, il sera suivi, dans le psychisme de l'auteur, d'élaborations ultérieures : tout d'abord, le changement visé (but final) sera déterminé avec exactitude ; ensuite, il s'agira de préciser l'acte par lequel ce changement sera opéré ; enfin, il ne restera plus au coupable qu'à vouloir ou à admettre cet acte qu'il considère désormais comme nécessaire (dol).

En règle générale, dans les actes ordinaires, c'est-à-dire non criminels, le mécontentement que l'on éprouve de l'état présent et l'image agréable que l'on se fait d'un changement futur (c'est-à-dire le mobile et le but final) naissent presque simultanément. Souvent même la représentation agréable du changement futur suffit à elle seule — après la neutralisation des éventuels mobiles inhibiteurs — à servir de prélude à l'acte, alimentant tout à la fois le mobile et le but, sans l'apparition d'un état affectif nettement désagréable.

En d'autres termes, les mobiles de tout acte sont de caractère affectif. Mais tandis que ceux d'un acte criminel — d'un acte grave ou d'un acte qui fait l'objet d'une récidive systématique notamment — ont *principalement* leur source dans le sentiment provoqué par un état de choses désagréables, et ce pour *des raisons en majeure partie subconscientes et existentielles*, les mobiles de l'acte ordinaire en revanche sont beaucoup plus conscients et cherchent principalement à provoquer un changement agréable précis. Il existe certes, derrière ce mobile conscient, des tendances inconscientes et pulsionnelles auxquelles il doit, en partie, sa tonalité positive ou négative, agréable ou désagréable⁵². Mais d'ordinaire, la majeure partie du faisceau des

⁵² V. *supra*, p. 19.

mobiles, dans les actes ordinaires, est beaucoup plus consciente que dans les actes criminels ⁵³.

2. A l'exception des cas de criminels psychasthéniques, qui ne sont guère nombreux, les criminels sont, en principe, des individus à *évolution psychique anormale*, mais ne sont pas pour autant des individus pathologiques ⁵⁴.

Dans les débuts de la criminologie, on partait du principe que le délinquant était un individu pathologique, et ce pour des raisons biologiques. L'homme moyen, ordinaire, était considéré comme un être totalement différent. C'est la raison pour laquelle on n'estimait pas que la psychologie de l'homme ordinaire, commun, pût aider à la compréhension de la personnalité du criminel ⁵⁵.

Les progrès que fit la psychologie générale, depuis l'apparition notamment de la psychanalyse et à la suite du *développement de la psychologie profonde en général*, nous ont permis de découvrir les racines de notre vie psychique, le monde subconscient des tendances, des pulsions et des impulsions, bref de notre affectivité, c'est-à-dire le

⁵³ Pour l'explication de ce fait, cf. ci-dessous, n° 7.

⁵⁴ Il nous faut également faire une distinction entre individus anormaux du point de vue du caractère ou de l'affectivité (caractériels) et pathologiques, cf. ci-dessous p. 41, n. 89. V. D. CARROLL, *General Report on Psychiatry, Psychology and Psychoanalysis*, in Actes du II^e Congrès Int. de Crim., t. III, p. 226 ; voir surtout les §§ 56 et 58. Il estime que le nombre des criminels non pathologiques, « normaux » à des degrés divers, atteint le 80 % de la totalité de ceux-ci. V. également LAGACHE, *Psycho-criminogénèse*, loc. cit., p. 134 ; DE GREEFF, *Criminogénèse*, in Actes du II^e Congrès Int. de Crim., t. VI, p. 277 ; DI TULLIO, *Antropologia criminale*, pp. 5 ss. ; GEMELLI, *La personalità del delinquente*, 1948, p. 37 ; HESNARD, *Psychologie du crime*, 1963, p. 74 ; PINATEL, *Criminologie*, 1963, p. 188 ; ZILBOORG, *Psychoanalysis and Criminology*, in *Encyclopedia of Criminology*, 1949, p. 402 en particulier ; GRISPIGNI, *Introduction*, in *Sc. Pos.*, 1952, p. 131.

⁵⁵ D'ailleurs, pour être plus précis, il convient d'avouer que la psychologie descriptive d'autrefois (au fond, la physiologie) n'aidait pas même à pénétrer la personnalité de l'homme ordinaire, moyen, et que cette psychologie, malgré l'apport expérimental, n'en est pas moins demeurée extérieure, superficielle et artificielle, s'appliquant à l'étude des phénomènes psychiques élémentaires (en particulier des sensations, de la perception). Par la suite, après l'apparition de la psychanalyse et de la psychologie différentielle (qui est aussi une école psychanalytique), des méthodes nouvelles, qui sont encore au stade de l'évolution, furent appliquées. Ces méthodes, en psychologie clinique actuelle, sont fondées sur deux tendances différentes et fondamentales d'exploration : la *méthode psychométrique proprement dite*, qui constitue la suite de l'ancienne psychologie expérimentale, influencée en partie par les théories psychanalytiques, et la *méthode dynamique* beaucoup plus influencée par les principes psychanalytiques (cf. REUCHLIN, *Histoire de la psychologie*, 1967, pp. 81-83). V. pour plus de détails *infra* cette même partie, pp. 133 ss.

monde d'où proviennent, selon les explications qui précèdent, les mobiles des actes ⁵⁶.

L'introduction des nouvelles méthodes et des récents acquis en matière de psychologie criminelle nous ont permis d'éclairer — d'une façon qui n'est pas du tout complète, bien entendu — le monde psychique, subconscient ou inconscient, du criminel. Elles ont permis de faire la lumière sur deux points principaux : le mécanisme des mobiles subconscients et le rôle joué par la prime enfance et par l'adolescence dans la formation de la personnalité psychique. Il a été démontré que ces deux points sont d'une importance capitale pour *la compréhension de la genèse de la personnalité criminelle concrète ainsi que de l'acte criminel concret* commis par celle-ci.

Seules *la compréhension et l'explication du monde psychique* du criminel, et non pas seulement la description de celui-ci, nous donneront *la clé de sa personnalité* et, par conséquent, *la possibilité de l'amender réellement*, ce qui ne peut être le plus souvent obtenu par le moyen des peines ordinaires, notamment par la manière dont elles sont appliquées. Celles-ci se révèlent inefficaces, précisément parce qu'elles ne sont pas fondées sur la compréhension et la recherche des causes psychiques profondes du comportement criminel ⁵⁷.

3. La formation de la personnalité du criminel est le point capital de la psycho-criminogénèse ⁵⁸. Sur ce sujet, l'apport psychanalytique est très important, puisqu'il a mis en évidence l'évolution dynamique de la personnalité et a, de ce fait, souligné l'importance pour la genèse d'un acte « actuel », d'expériences très éloignées et « oubliées ».

Nous estimons utile d'exposer sommairement les théories psychanalytiques relatives à la criminogénèse, parce qu'elles aideront à la compréhension du chapitre IV du présent ouvrage, chapitre où sont examinés les mobiles profonds dans des cas concrets.

S. Freud lui-même ne s'est occupé du sujet que d'une façon assez sommaire ; il a toutefois proposé comme explication ordinaire de la

⁵⁶ Cf. ci-dessus A, pp. 19 et 22 ; V. également D. CARROL, *op. cit.*, p. 219, § 26 et pp. 226-229. Consulter aussi ZILBOORG, *op. cit.*, pp. 398 s.

⁵⁷ L'éminent criminologue belge DE GREEF a formulé de la manière suivante le point de vue actuel sur la question : « Nous imaginons que ce « Je » est devenu criminel alors que c'est tout l'homme qui est devenu criminel et que l'univers humain, dans la plus grande partie inconscient, est inaccessible à nos punitions » (*Criminogénèse*, in Actes du II^e congrès international de criminologie, p. 271). V. également GRUHLE, *op. cit.*, p. 127 au sujet de la nécessité de la *compréhension*. Sur ce point, v. particulièrement *infra*, pp. 139 ss.

⁵⁸ V. LAGACHE, *Psycho-criminogénèse*, *loc. cit.*, p. 133.

psycho-criminogénèse le sentiment inconscient de faute et le besoin inconscient d'être puni, besoin qui pousse à commettre un délit⁵⁹. Cette théorie n'est plus admise que comme explication des délits d'un nombre restreint de névrosés⁶⁰.

A. Adler⁶¹, conséquent avec sa théorie selon laquelle l'homme a comme tendance principale celle de s'affirmer, d'acquérir puissance et prestige, considère le crime comme une surcompensation d'un sentiment profond d'infériorité, sentiment provoqué par la mauvaise éducation des parents (manque de confiance envers l'enfant, négligence de l'enfant, etc.). Cette théorie également n'explique que certains délits (plus nombreux cependant que la précédente).

Une théorie largement admise actuellement dans les milieux de la psychanalyse et de la psychologie profonde — avec certaines variantes concernant surtout l'importance des expériences vécues de la période postnépiologique — est celle de D. Lagache⁶². Cette théorie, dont nous donnerons ici un résumé succinct, est applicable à un très grand nombre de cas⁶³.

Selon Lagache, les caractéristiques fondamentales de la plupart des criminels — en particulier de ceux qui ont une tendance plus ou moins permanente, une disposition, au crime⁶⁴ — consistent en troubles des processus subconscients de la *socialisation* et de l'*identification*. Selon les psychanalystes, les enfants de l'âge népiologique sont des êtres qui commettent des actes apparaissant objectivement comme délictueux (soustraction, même par la violence, d'objets appartenant à autrui, par exemple), mais sans avoir conscience du caractère délictueux de leur acte. Ce n'est que par le truchement des pro-

⁵⁹ V. S. FREUD, *Einige Charaktertypen aus der psychanalytischen Arbeit*, 1915 ; du même auteur, *Die Verbrecher aus Schuldbewusstsein*, Imago, 1915-1916, publié de nouveau dans *Gesammelte Werke* (1952-1955, 17 volumes), vol. X. L'auteur lie de façon excessive ce sentiment de faute aux complexes sexuels d'*Cedipe* et de castration.

⁶⁰ V. ALEXANDER et STAUB, *Der Verbrecher und seine Richter*, Vienne, 1929, pp. 67 ss.

⁶¹ ADLER, *Menschenkenntnis*, Leipzig, 1929.

⁶² V. LAGACHE, *Psychocriminogénèse*, Rapport général présenté au II^e Congrès Intern. de Crim., Actes, VI, Paris, P.U.F., 1950, pp. 129 ss. ; du même auteur, *Contribution à la psychologie de la conduite criminelle*, Revue française de psychanalyse, octobre-décembre 1948.

⁶³ Les auteurs suivants professent des théories intéressantes qui se rapprochent plus ou moins de celle de Lagache : FRIEDLANDER, *The Psycho-Analytical Approach to Juvenile Delinquency* ; du même auteur : *Latent Delinquency and Ego Development*, in *Searchlights on Delinquency*, pp. 205 ss. et 53 ss. ; A. AICHORN, *Verwahrloste Jugend*, 4^e éd. 1957 ; ZULLIGER, *Schwierige Kinder*, 4^e éd., 1958.

⁶⁴ Au sujet des criminels occasionnels, cf. ci-dessous pp. 40 s.

cessus de la socialisation et de l'identification que les enfants acquièrent le sens du bien et du mal et qu'ils y conforment peu à peu leur comportement.

La socialisation se réalise progressivement au cours de l'enfance. Elle est fondée sur le développement heureux et normal de la relation entretenue avec la mère et, subséquemment, avec les parents, ce qui provoque l'apparition de l'affectivité, des liens d'amour et l'acceptation, en raison de ceux-ci, des frustrations, des interdictions, des punitions pour non conformation à des règles précises, etc.

L'identification aux parents — en particulier du fils au père et de la fille à la mère — donne à l'enfant la possibilité *d'assimiler inconsciemment le principe du bien et du mal* tel qu'il résulte des actes de ses parents. C'est comme si ses parents s'enracinaient en tant que guides au fond de sa personnalité ⁶⁵.

Si la socialisation et l'identification ne réussissent pas, c'est généralement en raison de traumatismes psychiques dus au comportement malheureux des parents, traumatismes qui se transforment par la suite, dans le subconscient, en complexes, empêchant ainsi l'évolution affective normale de l'enfant ⁶⁶.

L'échec de la socialisation et de l'identification provoque en conséquence l'apparition de la plupart des caractéristiques du type criminel, qui sont : 1) *L'égoïsme*, c'est-à-dire l'impossibilité dans laquelle se trouve un individu de sortir de son Moi. Cette attitude révèle son incapacité de juger d'une question morale quelconque *en se mettant à la place d'autrui*, son indifférence à l'égard de l'autre, sa sévérité ainsi qu'une tendance à critiquer les autres ; elle fait apparaître en revanche le sentiment de l'irresponsabilité lorsqu'il s'agit de lui-même. Cette attitude s'appelle en psychanalyse « narcissisme ». 2) *Le manque de maturité*, avec toutes les conséquences qu'il entraîne : incapacité de s'abstenir de la satisfaction immédiate des désirs et des pulsions en considération des conséquences futures désagréables, contrôle émotionnel insuffisant, autocritique quasi-inexistante et, surtout, incapacité d'acquiescer de l'expérience.

⁶⁵ Il s'agit du « Sur-moi » de l'enfant, qui se forme sur le modèle du « Sur-moi » et non pas du « Moi » conscient de ses parents. V. S. FREUD, *New Introductory Lectures on Psychoanalysis*, N.Y., Norton, 1933, pp. 95-96 (confér. 31).

⁶⁶ Nous estimons que les facteurs physio-biologiques peuvent contribuer également à cette évolution affective anormale, sans qu'ils doivent nécessairement exister, v. *infra*, pp. 50 s. Quoi qu'il en soit, tous facteurs éventuels se transforment, ainsi que nous l'exposons ailleurs, en facteurs psychiques, de façon propre à chaque individu.

En résumé, nous soulignerons *le refus chez l'individu d'admettre la valeur d'autrui ainsi que les valeurs de l'ensemble social et, au contraire, l'intensité avec laquelle il cherche à satisfaire, de façon unilatérale, ses tendances de domination individuelle*, indépendamment des conséquences que cela entraîne. En d'autres termes, nous constatons une attitude fondamentalement antisociale.

Cette attitude fondamentalement antisociale, dont la formation inconsciente remonte à l'enfance, s'accroît ou s'atténue par des processus psychiques *ultérieurs*, subconscients et conscients, déclenchés par des expériences vécues qui concernent *les tendances fondamentales et subconscientes* de l'homme ; elle s'accroît ou s'atténue par rapport au degré d'insatisfaction ou de satisfaction de ces tendances provoqué *par les relations à autrui*.

Cette attitude antisociale ne présente pas seulement un côté négatif, elle a aussi un côté positif : il ne suffit pas de dire à qui l'individu antisocial ne s'est pas identifié, il faut chercher à qui et à quoi il s'est finalement identifié. En d'autres termes, quel fut le modèle (personne ou milieu social spécifique) auquel il est parvenu à s'identifier, à s'adapter, modèle qui représente une attitude morale contraire à celle de la société ⁶⁷.

L'importance des expériences vécues de la période post-infantile a été soulignée par les écoles d'Adler et de Jung, et plus tard par Lagache, auteurs qui ont spécialement étudié la signification des relations inter-humaines ; cette tendance a donné ultérieurement naissance à de nouvelles écoles psycho-sociales, telles que celles de Lewin, de Moreno, d'Erikson, etc.

C'est *Erikson* qui mit tout particulièrement l'accent sur le fait que non seulement le présent affectif est déterminé par le passé de l'individu (fait démontré par Freud), mais que le passé est continuellement restructuré et réorganisé par le présent ⁶⁸. Ce psychanalyste donna plus d'importance que les écoles psychanalytiques précédentes au facteur social pris dans un sens large, l'« Umwelt », en tant que « pervasive actuality » ⁶⁹.

Erikson a démontré que l'homme tend fondamentalement et de façon subconsciente à « l'identité du Moi » (Identity). Il considère que

⁶⁷ V. LAGACHE, *Psycho-criminogénèse*, loc. cit., p. 138.

⁶⁸ J. PIAGET, qui n'est pas un psychanalyste, montra que la même constatation est également valable pour les systèmes cognitifs : la prise de conscience ainsi que la mémoire sont toujours en partie une réorganisation et non pas seulement une traduction ou une évocation ; v. *op. cit.*, pp. 40 ss. Nous ne nous arrêtons pas sur ce sujet, puisque les mobiles sont des phénomènes affectifs.

⁶⁹ V. ERIKSON, *Identity*, Norton & Co., 1968, p. 24.

la phase de l'identification aux parents et en général aux personnes desquelles on dépend est suivie, durant l'adolescence, de *la phase de « l'identité »*, dans laquelle tout individu cherche à se former une identité continue, unique et distincte de celle de tous les autres hommes.

Pour ce faire, le jeune homme cherche de nouvelles identifications avec d'autres individus (hors de sa famille), se confrontant et se comparant à eux, se critiquant lui-même et critiquant les autres. Durant cette période, il est aussi confronté à des forces idéologiques (*Weltanschauungen*, idéologies politiques, etc.).

De tout cela il cherche à faire, après avoir distingué ce qu'il faut rejeter de ce qu'il faut admettre, une synthèse et une foi (et, partant, une éthique) conscientes, qui seules lui permettront de former son Moi ⁷⁰. Il s'agit là d'une crise psychique formidable mais normale, à la fin de laquelle il gagne « le sentiment ferme de son identité intérieure » (*the firm sense of inner identity*) ⁷¹.

Pendant cette crise, entre autres phénomènes, les pulsions agressives sont intensifiées, devenant parfois même délictueuses, mais cela seulement de façon passagère ⁷².

Si le jeune individu ne parvient pas — pour des raisons dues à son évolution psychique, à son état organique et aux influences de la société environnante — à opérer la synthèse de toutes ces expériences, il en résulte un sens très désagréable de confusion de rôles, un sentiment de perte de son identité (*identity confusion*). Dans ce cas-là, le besoin psychique d'unité du moi ainsi que de constance dans les sentiments (*identity and fidelity*) est tellement grand que certains jeunes gens préfèrent plutôt que vivre dans cette confusion n'être rien ou être « absolument méchants » ou « absolument bons », pourvu qu'ils acquièrent un Moi, une personnalité et qu'ils cessent d'être « un paquet de fragments contradictoires d'identité » ⁷³.

C'est ainsi que ces jeunes gens choisissent parfois une *personnalité négative*, qui s'exprime souvent par une attitude hostile à l'égard des rôles que leur famille ou la société leur offre comme

⁷⁰ V., sur le rôle du facteur cognitif (noétique) dans cette phase, OERTER, *Moderne Entwicklungspsychologie*, pp. 172 ss., ainsi que la bibliographie qu'il y cite.

⁷¹ Ce sentiment une fois acquis, le Moi ainsi formé n'est pas statique mais transcendant, c'est-à-dire qu'il a la faculté d'évoluer sans cesse. V. *Identity*, pp. 135 ss.

⁷² C'est la période d'un « psycho-social moratory », v. ERIKSON, *Childhood and Society*, Norton, 1963, pp. 262-263 et 306.

⁷³ E. ERIKSON, *Identity*, 1968, p. 88.

appropriés et désirables ⁷⁴. Dans ce cas, il est possible qu'un tel jeune homme se retire en lui-même, n'osant ni ne pouvant devenir un membre actif de la société. Il présente alors des symptômes névrotiques. Il se peut également qu'il cherche à se joindre à un groupe formé de jeunes gens possédant eux aussi une personnalité négative, groupe qui lui offre un certain code moral (qu'il n'a pas pu se forger lui-même avec l'aide de la société), différent de celui de la société à laquelle il appartient (et parfois contraire). Il est alors probable que le jeune homme s'adonnera avec son groupe à une activité antisociale, parfois même nettement délictuelle (gang). Mais puisque, dans ce cas, il ne s'agit, très souvent, que d'une aggravation de la crise normale de l'adolescence, la réaction correcte de la société serait d'aider ce jeune homme à sortir de l'impasse psychique dans laquelle il se débat et à établir l'unité et le contrôle du Moi, c'est-à-dire à achever avec succès la phase de l'identité ⁷⁵. Si au contraire la société le « rejette » et le taxe de criminel, bien qu'il ne le soit pas, elle l'oblige à le devenir, peut-être pour toujours ⁷⁶.

Erikson professe que les délinquants sont des individus qui finalement échouèrent dans le « processus de l'Identité ». Ils présentent *une aggravation et une prolongation pathologiques* ⁷⁷ *de la crise normale de l'adolescence, qui les pousse à une activité antisociale*. L'échec de la formation de l'identité est lié, toujours selon notre auteur, à un *manque de confiance en soi*, autre trait caractéristique du délinquant, ⁷⁸ trait qui l'empêche de déployer une activité reconnue par la société comme bonne et utile.

En conclusion, il nous semble que le point de vue d'Erikson complète celui des psychanalystes déjà cités ; il le complète tout particulièrement en ce qui concerne l'évolution du psychisme profond *chez les adolescents et les jeunes adultes* ainsi que *le rapport de cette évolution avec le phénomène criminel* ⁷⁹.

⁷⁴ ERIKSON, *Identity*, pp. 172 ss.

⁷⁵ Selon ERIKSON, c'est le « psychosocial moratory » qui devrait être également valable dans ces cas, v. *Identity*, pp. 157 et 17.

⁷⁶ V. Erikson, *Identity*, pp. 28, 88, 255 s. ; du même auteur, *Childhood*, pp. 262 et 307. L'auteur souligne la grande fréquence de la récidive chez les jeunes qui, pendant la période de la formation de l'identité, ont été contraints par la société à s'identifier à des criminels endurcis.

⁷⁷ Nous dirions : « anormales », v. *supra*, n° 2 de ce même chapitre B.

⁷⁸ V. ERIKSON, *Identity*, p. 185.

⁷⁹ ERIKSON envisage comme un ensemble l'évolution psychique tout entière de l'individu, en prenant en considération les opinions des autres psychanalystes, mais en mettant l'accent sur le fait que *toute* cette évolution est dirigée par la tendance subconsciente de la formation de l'identité du Moi ; cette identité se réalise principalement pendant l'adolescence, sur la base des relations inter-

4. D'après tout ce qui précède, il paraît évident que l'origine de l'activité criminelle est à chercher en premier lieu dans des tendances et des élaborations subconscientes qui eurent pour résultat une attitude fondamentalement antisociale.

Le comportement résultant de cette attitude est l'agressivité accompagnée d'un égoïsme excessif ; elle se manifeste sous des formes diverses : agression contre l'intégrité corporelle, contre la fortune, contre l'honneur et la réputation d'autrui ; contre les autorités ou contre certains groupes sociaux, etc.

L'agressivité donc a sa source dans la personnalité tout entière de l'individu,⁸⁰ de laquelle dépend, en très grande partie, la manière d'affronter les frustrations.

Une certaine frustration ne suffit donc pas pour faire naître un acte agressif : au contraire, l'état psychique que provoque une certaine frustration crée une oppression affective qui a, chez les différents individus, une intensité et une direction très variées. C'est la raison pour laquelle la même frustration peut être à l'origine de comportements très différents.

La frustration seule ne suffit donc pas pour la genèse de l'attitude agressive chez un individu, mais elle existe toujours parmi les facteurs qui provoquent cette attitude⁸¹.

Il est vrai qu'à l'origine de l'agressivité on peut déceler un instinct, une tendance innée qui pousse l'individu à devenir plus puissant, à devenir le maître de sa vie, tendance d'ailleurs caractéristique de

individuelles de cet âge, qui sont multiples et très complexes. LAGACHE, quant à lui, considère que toute l'évolution psychique de l'homme est dirigée par la tendance à la *socialisation* : les processus psychiques utilisés dans chaque phase, notamment l'identification aux parents puis à d'autres personnes, en est le grand ressort. V. LAGACHE, *La psycho-criminogénèse*, loc. cit., pp. 134-135. Néanmoins, ces deux points de vue amènent à la constatation du même résultat pratique (en cas de non-réussite de l'évolution) : *des troubles de la socialisation*.

⁸⁰ C'est là ce que LÜCKERT appelle « Hintergrundkonstellation » (constellation de l'arrière-fond) ; v. *Konfliktpsychologie*, pp. 176 ss.

⁸¹ DOLLARD, tout particulièrement, préconisa l'opinion que la frustration conduit toujours à l'agression et, vice-versa, que l'agression a toujours sa source dans la frustration (v. DOLLARD, *Die Frustrations — Aggressions — Hypothese*, in *Motivation...* (Thomae), pp. 205 ss.). LÜCKERT (*Konfliktpsychologie*, p. 182 ; KRECH and CRUTCHFIELD, *Grundlagen...*, I, pp. 372 ss. ; GRAUMANN (*Motivation*, p. 77) soulignèrent tout particulièrement l'importance de la frustration pour la naissance de l'agressivité. Mais LÜCKERT souligna également l'importance de la « Hintergrundkonstellation » (*Konfliktpsychologie*, pp. 176 ss.) et GRAUMANN admet l'opinion que l'agressivité, comme la motivation tout entière, sont toujours le fruit de facteurs multiples (*Motivation*, pp. 86 s.). A cette thèse se rallie aussi H. KAUFMANN (*Kriminologie*, p. 101). Le test de ROSENZWEIG repose sur la relation existant entre frustration et agression.

tout être vivant. Mais cette tendance ne devient destructrice que lorsqu'il serait fait obstacle à son évolution, ce qui engendrerait la colère, l'état vindicatif ou la haine⁸². C'est la frustration précisément qui est ressentie par l'individu — bien que ce ne soit pas toujours consciemment — comme un tel obstacle.

L'agressivité représente la réaction d'un individu à cet obstacle, réaction qui varie d'un individu à l'autre ; elle se dirige le plus souvent contre celui qu'il considère comme la cause de cet obstacle, parfois contre soi-même.

Cette agressivité représente une manière de relation à autrui (certes non réussie), ne pouvant être conçue, comme genèse et comme signification, que dans une perspective interpsychologique (d'individu à individu). Il s'agit d'un conflit qui oppose les relations de *domination* à celles de *soumission*, d'un combat qui n'aboutit pas à une solution. Ce combat se déroule essentiellement au cours des premières années de la vie, notamment entre l'enfant et sa mère ; plus tard apparaît le conflit entre le jeune individu et le milieu plus vaste, la société, avec laquelle il s'est confronté sans avoir pu obtenir, en tant que personnalité, une reconnaissance de la part de cette société et, inversement, sans que la société et ses valeurs aient pu être reconnues par le jeune homme comme utiles à la formation de son Moi, à la réalisation de sa tendance à devenir le maître de sa vie.

L'agressivité recèle une puissance *force motrice*. Celle-ci est d'autant plus puissante que l'état dans lequel se trouve un individu est, en raison de son caractère, de ses expériences vécues et des conditions spéciales qui sont les siennes, moins supportable. L'asphyxie de nature affective qu'il ressent dans certaines conditions l'incite à commettre n'importe quel acte susceptible de le libérer de celle-ci, sans tenir compte des conséquences que cela va entraîner⁸³. Le sujet

⁸² V. le développement de ce point de vue fait par Clara THOMSON, *Interpersonal psychoanalysis*, 1964 ; A. STORR, *L'agressivité nécessaire* (trad. de l'anglais), 1969 ; L. MILLET, *L'agressivité*, 1970).

Il convient de noter encore qu'au cours d'un très intéressant colloque organisé par l'Unesco à Paris du 19 au 23 mai 1970, auquel participaient 18 spécialistes éminents, on parvint à la conclusion suivante : l'agressivité serait plutôt le fruit du milieu que de l'instinct. (Cf. le quotidien « Le Monde » du 27/5/70, p. 8.) Cf. une interprétation plus pessimiste de l'agressivité et de la violence faite par H. HACKER, *Agression et violence dans le monde moderne* (trad. française), 1972.

⁸³ Le professeur GRISPIGNI considère comme caractéristique principale du criminel son incapacité à se rendre compte des conséquences de son acte et, notamment, de la peine qu'il devra encourir. La menace de celle-ci, qui constitue pour l'homme moyen une force dissuasive suffisante, n'exerce sur lui aucune

cherche à se débarrasser de ce sentiment douloureux, dont il n'est plus le maître. C'est ainsi que le crime — qui, objectivement parlant, constitue une issue erronée et inadéquate — pour le criminel constitue un effort d'adaptation, de rectification, d'amélioration de son état psychique ; nous ne pourrions nous rendre compte de cela qu'en *nous mettant à la place du criminel*⁸⁴. La violence, au moment où elle sévit, est perçue par celui qui l'exerce comme une défense, comme une riposte justifiée⁸⁵. Il en va de même d'un autre acte agressif qui ne revêt pas la forme de la violence (par exemple la calomnie, le vol). C'est ainsi que l'auto-légitimation précède ordinairement tout crime.

5. L'acte criminel — *d'une certaine gravité* bien entendu — constitue également une issue destinée à libérer d'un état psychique oppressant les individus n'ayant pas de tendances criminelles permanentes, c'est-à-dire tous les criminels formant le groupe opposé à celui des délinquants par tendance ou « Zustandsverbrecher » (quel que soit le nom de la catégorie à laquelle ils se rattachent). Il n'est pas nécessaire qu'ils soient agressifs ni qu'ils aient une attitude *fondamentalement* antisociale. C'est pourquoi ils ne commettent des crimes qu'à titre exceptionnel. Les forces de résistance subissent, en principe, une régression due à des conditions externes particulièrement oppressives, en corrélation avec certaines particularités psychiques de l'auteur (par exemple, l'irritabilité, etc.). Dans ce cas, certains états de nature pulsionnelle ou affective particulièrement violents, tantôt soudains ou d'une durée plus ou moins brève (les émotions, par exemple la colère), tantôt prolongés (les passions), paralysent la résistance des forces inhibitrices et conduisent au crime, à la suite soit d'un très bref combat opposant forces incitatrices et inhibitrices d'où le sang-froid est absent (comme c'est le cas des émotions soudaines et vio-

influence. C'est la raison pour laquelle Grispigni considère le criminel comme un homme à l'égoïsme sous-développé *par rapport à la force inhibitrice de l'égoïsme*, laquelle empêche de commettre un acte préjudiciable. V. GRISPIGNI, in Sc. Pos., 1952, pp. 125 ss., en particulier, p. 127 (*Rapport présenté au congrès européen de criminologie*, Rome janvier 1952). Nous estimons qu'il s'agit en fait du contraire. En effet, l'égoïsme exagéré et l'incapacité de se rendre compte des conséquences, laquelle découle de celui-là ainsi que du manque de maturité psychique, provoquent chez l'auteur un aveuglement. Cf. ce que nous écrivons ci-dessus au sujet des conséquences provoquées par l'échec de la socialisation, de l'identification et de l'identité.

⁸⁴ V. LAGACHE, *Rapport* précité ; ANZIEU, *Responsabilité pénale et psychologie*, in Travaux du colloque de philos. pén. à Strasbourg, Dalloz 1961, pp. 196 et 197. DE GREEFF, *loc. cit.*, p. 271, dit qu'il s'agit là, pour le criminel, « de son meilleur équilibre et que c'est justement pour cela que c'est grave ».

⁸⁵ V. F. HACKER, *op. cit.*, *passim*.

lentes), soit d'un conflit prolongé d'où le sang-froid est d'ordinaire également absent (c'est en particulier le cas lorsqu'il s'agit de passions)⁸⁶.

6. La différence existant entre le névrosé et le criminel apparaît dans la façon dont ils trouvent une issue à un état oppressant de nature affective.

Le névrosé souffre, du point de vue psychique, de désillusions, de haines, de passions, de conflits analogues à ceux du criminel. Mais alors que le névrosé, lorsqu'il a dépassé la limite de sa résistance psychique existentielle sous l'effet de la pression douloureuse, se réfugie dans la névrose, qui est une forme d'auto-agression, et qu'il trouve une issue dans son monde irréel et imaginaire grâce aux symptômes névrotico-symboliques, le criminel en revanche est incapable de trouver une telle issue par le symptôme névrotico-symbolique. Il dirige donc son agressivité contre autrui et se libère de celle-ci par l'acte criminel.

Le névrosé est ainsi une personnalité en conflit avec elle-même, alors que le criminel est une personnalité en conflit avec la société⁸⁷.

Il arrive certes que des crimes soient commis par des névrosés. Les psychanalystes contemporains⁸⁸ admettent toutefois que, dans ces cas-là, la névrose n'est pas la cause du comportement criminel, mais qu'elle favorise celui-ci en contribuant à la diminution de la résistance du Moi. Il en va de même dans les cas où nous nous trouvons en présence d'individus à caractère anormal en général⁸⁹.

⁸⁶ DE GREEFF (*Amour et crimes d'amour*, 1942, *passim* et *Criminogénèse*, *loc. cit.*, pp. 287 ss.) et HESNARD (*op. cit.*, pp. 199 ss., et p. 165) admettent l'existence d'un combat psychique préalable, notamment subconscient, devenant conscient sous la forme d'une préparation et d'une acceptation *psychiques* lorsqu'il s'agit de crimes passionnels. La préparation de l'exécution *matérielle* du crime est tout autre : dans les crimes passionnels en particulier, cette exécution se manifeste généralement comme l'éruption d'un volcan dont la lave bouillonnait depuis assez longtemps. Le lecteur trouvera une analyse détaillée de ce combat, *infra*, pp. 44 ss. (*Le mécanisme des mobiles*).

⁸⁷ HESNARD, *Psychologie du crime*, 1963, pp. 166 s., 171 s. et p. 283, n. 3 ; PINATEL, *op. cit.*, p. 190 ; HEALY and BRONNER, *Delinquents and Crimnials*, 1926. V. également *supra*, n° 3 du présent chapitre, les opinions d'Erikson sur les personnalités négatives des jeunes délinquants et des jeunes névrosés. V. encore sur ce sujet, KRECH et CRUTCHFIELD, *Grundlagen der Psychologie*, t. I, pp. 357 ss. ; H. KAUFMANN, *Kriminologie*, p. 101 (et références à ROSENZWEIG et GATLING) ; LÜCKERT, *Konfliktpsychologie*, pp. 168 ss.

⁸⁸ HESNARD, *op. cit.*, 172. — DE GREEFF, qui n'est pas un psychanalyste, est du même avis, *loc. cit.*, p. 276.

⁸⁹ V. au sujet de ces individus (appelés en allemand « psychopathische Persönlichkeiten », en français « caractériels » et en italien « psicopatici »), Kurt SCHNEIDER, *Die psychopathischen Persönlichkeiten*, 9^e éd., 1950, ouvrage

7. Les mobiles conscients de l'acte d'un criminel ne suffisent généralement pas à nous expliquer la raison pour laquelle celui-ci choisit le crime comme solution. Ils peuvent nous éclairer sur ce que l'auteur cherchait à atteindre en commettant cet acte, ainsi que sur la nature de l'incitation psychique constituant la force motrice. *La raison pour laquelle c'est le crime qui est choisi comme solution plutôt qu'une autre action* qui serait beaucoup moins dangereuse pour son auteur et souvent plus efficace pour la satisfaction de son désir, *ne peut généralement pas s'expliquer par les motifs conscients, ou du moins pas par eux seuls*. Prenons un exemple : A, vivement désireux de se débarrasser de sa femme afin d'épouser sa maîtresse, tue sa compagne. Ainsi, au lieu d'épouser sa maîtresse, il est condamné à la réclusion à vie. Les mobiles conscients ne nous expliquent pas pourquoi l'auteur, *à la solution légale que représente le divorce*, solution qu'adoptent, en principe, tous ceux qui souffrent de la vie conjugale, *a préféré la solution illégale, anormale et inefficace qu'est l'homicide*. L'examen approfondi de sa personnalité est donc toujours indispensable, car c'est dans son *inconscient* — plus vaste et plus dynamique que le conscient — *que résident les mobiles psychiques profonds qui l'ont incité à recourir à cette solution criminelle, anormale et le plus souvent inefficace*⁹⁰.

En résumé, nous distinguerons à propos des mobiles du crime, lesquels, comme nous l'avons déjà dit, sont d'ordinaire plus ou moins nombreux⁹¹, les possibilités suivantes :

1) Des cas où les mobiles sont exclusivement inconscients, c'est-à-dire lorsque nous nous trouvons en présence d'un acte parfaitement inexplicable, même pour l'auteur. Il s'agit en général d'un cas pathologique ou de l'acte d'un individu névrosé. Les mobiles alors ont, sans doute, leur origine dans des pulsions subconscientes, aveugles, très profondes et très fortes. C'est à cette catégorie qu'appartiennent les crimes impulsifs et compulsifs dont nous traiterons à la section C du présent chapitre, consacrée au mécanisme des mobiles.

où l'auteur procède à l'analyse des dix catégories dans lesquelles il classe ces personnalités. Soulignons que ces individus ne sont nullement atteints *d'une psychose quelconque*, d'une maladie mentale ; il s'agit simplement d'individus qui, du point de vue psycho-caractériel, sont anormaux. V. encore M. CRAFT, *Psychopathic Disorders and their Assesment*, 1966.

⁹⁰ V. DE GREEFF, *Criminogenèse*, in Actes du 2^e Congrès Intern. de Crim., t. VI, p. 271.

⁹¹ Les mobiles sont nombreux, mais on finit par agir avec un seul mobile, la synthèse ou, en quelque sorte, la résultante de tous. V. *supra*, p. 28.

2) Des cas où l'auteur a partiellement conscience de ses mobiles et fournit des explications incomplètes au sujet de son acte. Il existe, ici également, des mobiles inconscients, plus profonds, qui constituent très probablement les mobiles principaux, alors que l'auteur n'a conscience que des mobiles secondaires.

3) Des cas où les mobiles sont conscients selon l'auteur, lequel estime en avoir une connaissance exacte et complète. Il existe, dans ce cas également, des mobiles inconscients⁹².

L'auteur d'un acte criminel *n'a donc jamais conscience de l'ensemble des mobiles* (faisceau de mobiles ou « Motivbündel »), dont la synthèse conduisit à la décision criminelle⁹³.

Nous concluons en soutenant que les mobiles du crime ont toujours leur origine dans le subconscient et notamment dans le monde des instincts, des pulsions et de l'affectivité. *L'acte criminel en lui-même constitue la victoire que remportent les tendances inconscientes, pulsionnelles et affectives sur les forces supérieures et modératrices du Moi et du Sur-moi*⁹⁴.

On distingue par conséquent dans les actes criminels, de façon plus précise que dans les actes ordinaires, le but direct ou indirect toujours conscient d'avec les mobiles toujours partiellement incons-

⁹² V. René RESTEN, *Caractérologie du criminel*, pp. 138 s.; HESNARD, *op. cit.*, pp. 243 et 298; GORPHE, *op. cit.*, p. 1651, n. 1; DE GREFF, *op. cit.*, *passim*. Il existe aussi un autre groupe de cas dans lesquels l'auteur prétend avoir agi pour une raison psychique consciente, mais reposant sur des faits imaginaires provoqués par des hallucinations d'ordre pathologique (p. ex. A., sujet paranoïaque, tue B., parce qu'il croit que ce dernier tente de l'éliminer au moyen de rayons de la mort). Ces cas relèvent du domaine de la psychiatrie et non de celui de la criminologie.

⁹³ Cf. en particulier ci-dessous, ce même chap., C): *Le mécanisme des mobiles du crime*, n° 3. V. également, GORPHE, *La Psychologie appliquée en justice*, in *Traité de psychologie appliquée*, 1959, p. 1650, et KRETSCHMER, *Medizinische Psychologie*, 4 éd., p. 174.

⁹⁴ Cette victoire intervient à la fin du processus de motivation, dans le conscient de l'agent (v. *infra* ce même chap., C, *Le mécanisme des mobiles*, n°s 2 et 3). Cela signifie que le Moi cède et consent aux pulsions criminelles. Il ne s'agit donc pas d'une victoire du Ça sur le Moi au sens psychanalytique (V. sur ce sens A. Freud, *Le moi et les mécanismes de défense*, P.U.F., 1972, pp. 139 et 163). A cette victoire contribuerait peut-être la confusion et la faiblesse du Moi, caractéristiques du criminel selon Erikson (v. *supra* ce même chapitre, n° 3, *ad finem*); et, plus encore, la faiblesse ou le contenu antisocial du Sur-moi. Si le Moi conscient ne prend pas du tout part au processus volitif, comme c'est le cas dans les délits impulsifs (v. *infra* également pp. 49 ss.), il s'agit alors le plus souvent d'un cas pathologique. Ce n'est que dans ces derniers cas que l'on peut parler d'une victoire du Ça sur le Moi dans le sens psychanalytique.

cients (dans une proportion considérable⁹⁵ qui varie d'un cas à l'autre).

Il en va de même pour le motif dernier qui révèle des tendances criminelles et des mobiles psychiques d'autant plus profonds que celui-là paraît plus insignifiant par rapport à la gravité de l'acte.

C) LE MÉCANISME DES MOBILES DU CRIME.

1. Tout facteur criminogène et tout stimulus externe ne peuvent donner naissance à des mobiles que lorsqu'ils seront devenus des expériences vécues, des faits psychiques⁹⁶. C'est le cas notamment à la suite d'une élaboration psychique dynamique et synthétique au cours de laquelle la personnalité de l'auteur, dans sa totalité consciente et inconsciente, donnera naissance, en répondant aux stimuli externes, à une force psychique affective incitant à une action délictueuse.

Cette élaboration psychique a ses caractères propres, qui varient d'un individu à l'autre⁹⁷. Le même facteur, endogène ou exogène, peut, chez des individus différents, provoquer de façon consciente ou inconsciente les réactions les plus diverses, selon la personnalité propre de chacun d'eux et la combinaison de tous les facteurs qui exercent, dans chaque cas, leur influence.

Une déficience physique (par exemple une incapacité de mouvement due à un accident ou à une maladie héréditaire) peut avoir des répercussions psychiques très variées : elle peut être à l'origine de comportements les plus divers, allant de la sainteté et de la charité à l'aigreur et à la méchanceté. Des privations matérielles subies dans l'âge tendre peuvent provoquer soit une attitude hostile à l'égard de la société, soit une volonté de fer et une capacité combattive peu com-

⁹⁵ Ce principe fondamental du comportement humain et du comportement criminel en particulier, *largement admis par ceux qui ont traité cette question*, ne peut être compris que s'il est intégré dans le cadre plus général de la psychologie des profondeurs, avec les principes fondamentaux de laquelle il se trouve en parfaite harmonie. Au contraire, le rôle si important qu'exercent les mobiles inconscients ou subconscients sur l'activité humaine, et en particulier sur l'activité criminelle, constitue à notre avis une discordance dans le cadre de la psychologie traditionnelle selon laquelle la conscience équivaut presque à la vie psychique, ou du moins à l'élément essentiel de celle-ci.

⁹⁶ V. FERRACUTI (qui se réfère également à Glueck) in *Zacchia* 1963, p. 255, Rapport présenté à la société romaine de médecine légale sur la question suivante : *Lo studio dei motivi nell'esame della personalità dell'imputato*. Cf. DI TULLIO sur la même question, in *Zacchia* 1963, p. 296.

⁹⁷ V. GEMELLI, *La personalità del delinquente*, 1948, p. 159.

munes. La même difficulté, qui fut pour A. la cause d'un traumatisme psychique profond, fut au contraire facilement surmontée par B., et même parfois avec un « reste dans l'actif » de son psychisme. Tout dépend de l'élaboration qui se fait dans le psychisme de l'individu, élaboration dynamique et synthétique, caractéristique de chaque personnalité⁹⁸.

Le crime étant un acte grave et exceptionnel dans la vie d'un homme, il est le révélateur par excellence de la personnalité totale, consciente et inconsciente, de son auteur⁹⁹.

Les mobiles, généralement nombreux, sont à la fois incitateurs et inhibiteurs¹⁰⁰. Le psychisme tout entier de l'auteur, toute sa personnalité participent au combat que se livrent ces mobiles, dans les actes importants de la vie notamment, à des degrés variant de cas en cas.

La conception du bien et du mal que l'homme a « absorbée » de façon inconsciente au cours de sa tendre enfance est le premier et le principal obstacle qui se dresse devant le mobile incitateur ; cette conception, de nature affective, constitue ce qu'on appelle le « Sur-Moi » en psychanalyse. C'est justement en raison du dynamisme des phénomènes affectifs que cette conception est l'adversaire le plus puissant des mobiles incitateurs, affectifs et dynamiques eux aussi. Il peut également exister dans le Sur-Moi (subconscient), selon l'éducation reçue, des forces incitatrices et non inhibitrices. Ce cas se présente souvent chez les délinquants issus d'un milieu familial dissolu, immoral, même délictueux. C'est pourquoi les mobiles incitateurs l'emportent facilement dans ce conflit, subconscient mais essentiel, car, au lieu de rencontrer dans le Sur-Moi un obstacle, ils trouvent

⁹⁸ Cf. A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *L'examen de la personnalité du criminel* (en grec), in Ann. Pén., 1967, p. 133.

⁹⁹ Cf. ci-dessus, pp. 29 ss. — Le plus grand psychologue italien, S. DE SANCTIS, écrivait en 1921 déjà : « Le crime en tant qu'acte exceptionnel constitue, même pour la vie du criminel, une révélation non seulement de l'activité consciente, mais encore de l'activité inconsciente de celui qui le commet. Le crime constitue un résumé de la personnalité active ainsi qu'un symbole toujours vivant de celle-ci. » S. DE SANCTIS, *Problemi e Programmi della Scuola Positiva*, in Sc. Pos., 1921, p. 162.

¹⁰⁰ On pourrait faire quelques réserves sur l'expression « mobile inhibiteur ». Le mobile étant en principe un phénomène affectif poussant vers une action, l'inhibition en serait le contraire. Mais en y regardant de plus près, on constate, nous semble-t-il, que le « mobile inhibiteur » est un phénomène psychoaffectif contenant aussi un mouvement, inverse par rapport au premier (en italien « contropinta alla spinta », en grec : « ἀντίρροπος »), en ce qu'il pousse soit simplement à s'abstenir de commettre l'acte suggéré par le mobile incitateur, soit à diriger son activité vers un autre acte (autre solution possible). NICEFORO les appelle « motivi e contromotivi », v. *L'« Io » profondo e le sue maschere*, 1949, pp. 32-33.

un encouragement ; ainsi les forces psychiques incitatrices se renforcent-elles mutuellement. Le même phénomène se produit dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque les forces inhibitrices s'unissent entre elles : elles se renforcent et s'opposent fortement au mobile délictueux.

2. Le Moi conscient intervient dans ce processus après la défaite éventuelle de la résistance subconsciente, ou dans le cas où le Sur-Moi n'aurait pas opposé une telle résistance. Son rôle consiste avant tout à présenter les raisons pour lesquelles l'action criminelle est contre-indiquée. Mais l'action de l'intellect, si développé et rationnel qu'il soit, demeure insuffisante, inefficace même, sans l'intervention du monde affectif de l'auteur. C'est-à-dire que si les pensées de l'auteur ne s'appuient pas sur une évaluation de certaines valeurs à résonnance psycho-affective, elles ne pourront exercer sur lui aucune influence. Le fait de reconnaître certaines valeurs par la froide logique (« par le cerveau », « par les mots ») ne saurait constituer une force inhibitrice et modératrice. L'évaluation de certaines valeurs déterminées doit être pour l'auteur une foi intérieure, une conviction profonde ; elle doit, en d'autres termes, comporter une nuance d'affectivité capable de l'émouvoir, afin de pouvoir constituer un mobile à tendance inverse, c'est-à-dire un mobile inhibiteur par rapport à l'incitation au crime ¹⁰¹.

Ces idéaux et ces convictions (combinaison de phénomènes psychiques noétiques et affectifs), ayant été l'objet d'une élaboration consciente, appartiennent au « Moi » des psychanalystes ; ils forment l'éthique personnelle, à savoir une morale d'un degré élevé dans l'échelle menant de l'Inconscient au Conscient.

L'intellect peut également faire voir à l'auteur les conséquences funestes qu'aura pour lui son acte (risque d'encourir une peine, ruine familiale, débâcle financière, etc.). Mais pour qu'elles puissent exercer sur lui quelque influence, pour qu'elles deviennent des forces inhibitrices, elles doivent avoir une teinte affective, c'est-à-dire provoquer en lui la peur, le chagrin, etc.

C'est ainsi que l'intellect ne peut susciter de forces inhibitrices *que lorsqu'il est secondé par l'affectivité*. Quoi qu'il en soit, c'est le Moi conscient tout entier, noétique et affectif, qui aura le dernier mot.

¹⁰¹ V. WUNDT, *op. cit.*, p. 223. Cf. également NICEFORO, *L'« Io » profondo e le sue meschere*, p. 33 en particulier. GEMELLI, dans son ouvrage intitulé *La personalità del delinquente*, p. 183, malgré les efforts qu'il fait pour souligner le rôle de l'intellect et de l'autodétermination, n'y parvient pas.

Ainsi donc une personne au Moi faible et confus — parce que, fondamentalement, le processus de l'identité, qui se fait essentiellement au cours de l'adolescence, fut un échec — a fort peu de chances de résister aux incitations délictueuses que son Sur-Moi n'aura pas su repousser. C'est donc à juste titre qu'Erikson insiste sur le fait que les criminels sont des personnalités au Moi confus, lequel ne peut pas exercer « that central control over themselves »¹⁰².

3. Les mobiles incitateurs et inhibiteurs luttent entre eux en formant deux faisceaux ou groupes (Motivbündel ou faisceaux de mobiles)¹⁰³ composés, l'un de tous les mobiles incitateurs (se renforçant mutuellement), l'autre de tous les mobiles inhibiteurs (se renforçant mutuellement eux aussi). La deuxième phase du combat opposant le « Moi » aux mobiles pulsionnels ou affectifs (le « Ça ») est principalement consciente chez l'homme, tandis que la première phase de la lutte opposant le « Ça » au « Sur-Moi » se déroule d'abord de façon inconsciente. Elle se traduit par une humeur désagréable, difficile à préciser, ainsi que par un sentiment d'inquiétude et de trouble. L'existence de puissantes forces inhibitrices du « Moi », toujours teintées d'affectivité, devient d'autant plus nécessaire qu'il s'agit de fortes incitations à l'acte criminel. Cependant, même si le Moi dispose de forces inhibitrices, il ne peut que difficilement avoir le dessus dans le combat, si le « Sur-Moi » n'est pas en mesure d'opposer une forte résistance. Cela signifie que les principaux mobiles inhibiteurs proviennent avant tout de l'attitude morale et sociale de l'individu ; celle-ci s'est profondément enracinée en lui, de façon inconsciente et sans élaboration noétique, dans sa prime enfance ; ensuite, au cours de son adolescence essentiellement, elle subit des élaborations conscientes¹⁰⁴.

Avant de capituler, le Moi prend soin de revêtir d'une apparence logique la décision criminelle, de façon à permettre son auto-justifi-

¹⁰² V. ERIKSON, *Identity*, p. 17, ainsi que pp. 88, 157 ss., 253 ss., 185.

¹⁰³ V. présentent ch. I A n° 9 et B n° 6. GRUHLE admet en principe le combat opposant les mobiles. Mais comme il restreint le sens du mot de mobile, il limite nécessairement le sens du combat qui se déroule entre eux. C'est ainsi qu'il ne considère pas comme mobiles inhibiteurs ceux qui sont d'ordre utilitaire (ceux qui p. ex. résultent de la peur, de la peine ou de la réaction sociale), mais seulement ceux qui résultent d'une décision libre : v. *Motiv und Ursache*, etc., p. 123 (mais quelle est la décision libre ?) ; il ne considère pas non plus comme un combat de mobiles le conflit des devoirs (« Konflikt der Pflichten »), *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁴ C'est ce qui explique comment des individus simples et sans instruction, mais issus d'un milieu familial affectueux et moral, opposent une plus grande résistance aux mobiles criminels que des individus ayant des connaissances étendues et très développées sur le plan intellectuel, mais issus d'une famille d'où l'affection et la moralité étaient absentes.

cation. C'est pourquoi, lorsque le Moi réagit à l'incitation criminelle sans toutefois parvenir à la neutraliser, une période d'auto-justification ou d'auto-légitimation précède la prise de la décision criminelle, période au cours de laquelle se forment l'opinion et, par la suite, la conviction que l'acte criminel s'impose et qu'il est juste. Cette auto-justification apaise la réaction des mobiles inhibiteurs importuns et rétablit, entre les éléments de la personnalité, l'équilibre nécessaire qui s'était rompu au cours du conflit ¹⁰⁵.

Lorsque la réaction est forte et que l'auto-justification n'est pas absolument convaincante, soit l'auteur agit sans succès ou de manière stupide, soit il se repent avant la consommation de l'acte ou immédiatement après ¹⁰⁶.

4. Cette lutte psychique varie beaucoup, en intensité et en durée, d'individu à individu et d'acte en acte. Intensité et durée dépendent de la réaction à laquelle auront à faire face, dans le Sur-Moi et le Moi, les forces incitant au crime (le Ça). Lorsqu'il s'agit de crimes graves, d'homicides en particulier, le combat se révèle généralement plus long et plus douloureux. L'existence d'une longue période d'hésitation et de combat indique une réaction psychique sérieuse à l'encontre du crime. C'est pourquoi nous estimons qu'il n'est pas juste de considérer toujours la préméditation comme une circonstance aggravante (ou circonstance accentuant le dol) ¹⁰⁷. Si elle consiste en un long combat, marqué de nombreuses hésitations avant que la décision criminelle ne soit prise, il s'agit là d'une circonstance atténuante. Au contraire, elle est aggravante si la décision criminelle a été prise de sang-froid, sans hésitations et de manière rapide, mais que la préparation d'une heureuse *exécution* du crime ait été longue. C'est pourquoi d'éminents spécialistes de psychologie criminelle font, non sans raison, une distinction entre l'adaptation à la décision criminelle et la préméditation ¹⁰⁸. Pour eux la préméditation consiste dans le fait que la décision est prise de sang-froid et sans hésitations importantes, c'est-à-dire sans un conflit psychique grave (opposant mobiles incitateurs et inhibiteurs), et qu'elle est suivie d'un plan

¹⁰⁵ V. NICEFORO, *op. cit.*, pp. 20-60.

¹⁰⁶ V. un exemple intéressant d'un combat semblable cité à la fin du présent chapitre, 1^{er} cas.

¹⁰⁷ A ce sujet, l'art. 112 CPS est intéressant ainsi que son interprétation par la jurisprudence. V. *infra*, p. 289.

¹⁰⁸ Ainsi HESNARD, *op. cit.*, p. 256, qui cite aussi DE GREEFF ; GEMELLI, *op. cit.*, pp. 355 s. LOMBROSO, *Delitti vecchi e delitti nuovi*, 1902, p. 183, avait déjà remarqué cette préparation psychique, mais seulement chez la femme qui commet un crime passionnel.

d'exécution élaboré de sang-froid également. Dans cette acception, la préméditation comporte toujours un indice de redoutabilité accrue.

5. Les actes impulsifs et compulsifs en revanche sont à l'opposé de la préméditation¹⁰⁹.

Les actes *impulsifs* sont une réaction d'une rapidité rare au stimulus externe ; comme cette réaction n'est pas due à un mobile conscient quelconque, réel ou putatif, cela confère à l'acte une apparence incompréhensible¹¹⁰. Ils ne comportent pas non plus de but (conscient). En réalité, il ne s'agit pas d'un « acte » dans le sens propre du terme, à savoir l'accomplissement volontaire d'un changement externe, mais bien de l'explosion d'une tendance aveugle et instinctive, sans rapport avec le processus de volition. Ces crimes sont généralement l'œuvre d'individus atteints de maladies mentales ; cependant, selon l'opinion courante, ils pourraient être le fait, dans des cas exceptionnels, non d'individus atteints de maladies mentales, mais simplement d'anormaux ou, plus rarement encore, d'êtres normaux qui se trouvent, au moment de l'accomplissement de l'acte, dans des conditions particulièrement exceptionnelles et de caractère transitoire, mais analogues à celles dans lesquelles se trouvent les individus atteints de maladies mentales¹¹¹. Au nombre de ces conditions exceptionnelles on peut ranger, par exemple, la perte totale du contrôle de soi en cas de panique générale, notamment chez un individu psychologiquement anormal, ou en état de forte ébriété, etc.

Dans ces actes, selon l'heureuse expression de Gruhle, « la pulsion agit, cependant que la conscience enregistre ». L'homme n'est informé, ne prend conscience de l'acte qu'il commet qu'après avoir commencé à l'accomplir¹¹². On ne peut, par conséquent, parler de culpabilité dans les actes impulsifs.

¹⁰⁹ V. GRUHLE, *Ich-Qualität und Impuls Erlebnis*, Psychol. Forschungen, t. 23, 1949, p. 1 ; du même auteur, *Verstehen und Einfühlen*, Gesammelte Schriften, 1953 ; R. HEISS, *Gerichtliche Psychologie*, Neuwied-Berlin, 1962, pp. 229 ss. ; GALET, *Contribution à l'étude de l'impulsivité chez les criminels*, in R. P. Cr. 1921, pp. 929-946. V. également HESNARD, *op. cit.*, pp. 160-163 et les auteurs qu'il cite ; C. GARDIKAS, *Les crimes impulsifs*, in Ann. Pén., 1965, pp. 65 ss. et 129 ss. (en grec) ; M. STRINGARIS, *Les crimes impulsifs*, 1941 (Etudes de criminologie Gardikas-Karanikas-Stringaris, 2^e fascicule, en grec).

¹¹⁰ GARDIKAS, *op. cit.*, p. 14, et STRINGARIS, *op. cit.*, pp. 12 ss.

¹¹¹ V. DI TULLIO, *Principes de Criminologie clinique*, pp. 301 ss.

¹¹² Cf. GARDIKAS, *op. cit.*, p. 69 renvoyant aussi à GRUHLE, *Ich-Qualität...*, *op. cit.*, p. 100. — V. également POMPE, in RIDP 1952, pp. 333 ss. ; POMPE-KEMPE-BAAH, *Autour de l'œuvre d'E. de Greeff*, t. I, 1956, pp. 73 ss.

Il s'ensuit de cela que l'examen des mobiles et la constatation de l'absence d'un mobile conscient chez l'auteur, ainsi que de l'absence de tout processus régissant la prise d'une décision (absence notamment de tout combat opposant forces incitatrices et inhibitrices) sont particulièrement importantes pour permettre de considérer un acte comme impulsif, afin d'exclure, par la suite, l'imputabilité et de déterminer le degré de danger que représente l'auteur (en tenant compte du caractère permanent ou transitoire de l'état pathologique ou anormal sous l'empire duquel il a agi).

Les actes *compulsifs* sont également commis sous l'effet d'impulsions soudaines ; mais, dans ce dernier cas, un combat élémentaire opposant les mobiles (incitateurs et inhibiteurs) a précédé l'accomplissement de l'acte ¹¹³. Le mobile (principal), qui prend sans peine et rapidement le dessus, même s'il n'est pas conscient, peut cependant être décelé et compris grâce à un examen approfondi. La conscience du but immédiat existe très souvent. Dans les actes compulsifs également, la recherche du mobile se révèle importante pour permettre de constater le degré d'imputabilité, en vue des mesures à appliquer (peine ou mesures de sûreté) et de la fixation de la peine.

Les actes compulsifs sont plus fréquents que les actes impulsifs ; ils sont, en principe, le fait d'individus anormaux, de caractériels, souvent même de névrosés, mais non pas de personnes atteintes de psychasthénie. Il n'est pas rare, en pratique, de se trouver en présence de cas semblables qui entraînent des difficultés non seulement pour les magistrats, mais aussi pour les spécialistes, lors du dépistage des mobiles et de la détermination du degré de responsabilité de l'auteur ¹¹⁴. Les psychanalystes expliquent ces délits par ce qu'on appelle en psychanalyse « *Abwehrmechanismen* » ¹¹⁵ (mécanismes de défense) : lorsque l'équilibre du psychisme vital (de la libido au sens large) pourrait être bouleversé, les forces du Moi — qui régulièrement interviennent dans la prise de la décision — ont été tenues à l'écart par la trop forte pulsion que le Moi tentait à grand-peine de refréner ; celle-ci semble alors agir de façon autonome au cours de l'accomplissement de l'acte.

6. Il convient de noter que les facteurs organiques jouent également un rôle important dans la criminogénèse. Les psychanalystes, bien

¹¹³ V. C. GARDIKAS, *op. cit.*, p. 130.

¹¹⁴ V. à ce sujet DE BOOR, *Ueber motivisch unklare Delikte*, 1959, où l'on trouve plusieurs exemples y relatifs avec une analyse détaillée de chacun d'eux. Dans ces cas la psychologie profonde est particulièrement utile.

¹¹⁵ V. Anna FREUD, *Le moi et les mécanismes de défense*, *loc. cit.*, pp. 41 ss. et 136.

qu'ils aient commencé par considérer l'évolution psychique de l'individu comme un reflet de son évolution biologique, de la libido notamment, ont par la suite minimisé l'importance du facteur biologique en se jetant dans l'excès contraire à celui où l'on était tombé à l'époque de l'apparition de la psychanalyse — quand la psychologie était presque rattachée à la physiologie — et mirent l'accent presque exclusivement sur le facteur psychique.

Les facteurs organiques sont cependant importants, parfois même très importants, dans la mesure où ils influent sur le monde psychique.

Di Tullio est actuellement en tête de la tendance qui souligne l'importance des processus biologiques. Selon cet auteur, les facteurs organiques peuvent provoquer — tout comme les facteurs psychiques — une altération quantitative ou qualitative des instincts fondamentaux de conservation, de reproduction et de relation, ce qui peut engendrer l'égoïsme, l'érotisme ou l'agressivité qui sont à l'origine des comportements criminels ¹¹⁶.

En outre, l'état organique existant au moment de la prise de la décision criminelle peut renforcer ou diminuer la pression affective.

Di Tullio et d'autres criminologues soulignent l'influence qu'exerce sur l'affectivité (la source des mobiles de nos actes) — la constellation organique formée par les lobes frontaux, le diencéphale, les glandes endocrines et le système neurovégétatif ¹¹⁷.

Par ailleurs, certains états organiques contribuent à la création directe d'états affectifs déterminés. Par exemple la douleur physique résultant d'une action déterminée crée un mobile inhibiteur de cette action. Tout au contraire, un état d'euphorie organique, combiné avec une certaine action, crée une force incitatrice vers cette action à laquelle il confère une teinte affective agréable.

Certains psychanalystes contemporains soulignent de nouveau l'importance du processus organique. L'être humain est considéré à

¹¹⁶ V. DI TULLIO, *Principes de criminologie clinique*, pp. 262 ss., 303.

¹¹⁷ Le congrès de criminologie qui se déroula en 1952 à Rome se pencha exclusivement sur cette question. Cf. *Scuola Positiva*, 1952, pp. 1-209, en particulier les communications de N. PENDE, pp. 36 ss., de GRISPIGNI, pp. 121 ss., de LOMBARDI, pp. 196 ss., de CATALANO-NOBILI et CERQUETELLI, pp. 203 ss. V. également *Bulletin de la Soc. Intern. de Criminologie*, 1952, 2^e semestre, pp. 9 ss. V. encore : PENDE, *La biotypologie et la clinique de la personne humaine au service de la criminologie*, in *Actes II^e Congrès Int. de Crim.*, t. II, 1952, pp. 195 ss. ; DI TULLIO, *Médecine et sociologie en étiologie criminelle*, p. 9, et *Principes*, pp. 272 ss. V. également KINBERG, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, pp. 227 ss. et 288, qui donne même la prépondérance au facteur biologique et souligne le rôle que jouent les lésions cérébrales ; EYSENCK, *Crime and personality*, qui considère comme essentielles les qualités corticales.

la fois comme un organisme, un Moi, et un membre d'une société. Ces trois éléments influent l'un sur l'autre et, au fond, ne sont que trois aspects d'un seul et même processus : celui de la vie humaine, les deux termes étant d'importance égale ^{117a}.

7. Un perpétuel jeu de forces d'action et de réaction, incitatrices et inhibitrices (toutes de nature affective, comme nous l'avons dit) se déroule dans l'âme humaine. Le résultat de ce jeu est un équilibre psychique relatif ¹¹⁸, constamment remis en question (par l'incitation à une certaine action) et constamment rétabli (par l'action elle-même).

Par conséquent, *l'affectivité*, en tant que mobile incitateur et inhibiteur, *joue le rôle de régulateur de l'activité humaine* ¹¹⁹. L'action régulatrice qu'elle exerce sur l'activité au cours de ce jeu perpétuel où forces incitatrices et inhibitrices s'opposent et se synthétisent, peut se concrétiser de mille manières.

Normalement, l'alternance des états affectifs et de leur intensité évolue à l'intérieur de certaines limites.

Lorsqu'un sentiment déterminé envahit notre monde psychique tout entier et y demeure plus longtemps qu'il n'est normal (= passion), il perd alors sa qualité de régulateur de l'activité, créant ainsi un état psychique irrégulier ¹²⁰.

Chez l'individu normal, l'inverse ne doit pas non plus se produire, à savoir une fluctuation particulièrement fréquente et intense des affectivités contraires, caractéristique de l'instabilité affective.

Le premier de ces deux états anormaux peut être à l'origine d'un acte criminel, si les mobiles dus à cette passion dominant l'âme du coupable sont d'ordre antisocial.

La prédominance particulièrement forte de certains états passionnels constitue, contrairement à la règle, c'est-à-dire à la fonction régulatrice de l'action affective, un phénomène d'inadaptation, une anxiété provoquée par manque de capacité d'adaptation et d'équilibration des forces psychiques. Dans cet état psychique anormal, asphyxiant, l'équilibre de l'individu est rompu, car un seul et unique

^{117a} C'est ce qu'ERIKSON appelle « *relativity in human existence* » (*Childhood & Society*, p. 37).

¹¹⁸ GEMELLI, *op. cit.*, p. 184. V. également DE SANCTIS, *Trattato di psicologia sperimentale*, t. II, *La dinamica del delitto* ; du même auteur, *Pregiudiziali e pregiudizi nella psicologia della delinquenza*, in *Rivista di dir. penitenziario*, n° 1, 1934.

¹¹⁹ GEMELLI, *op. cit.*, pp. 185 s.

¹²⁰ L'émotion est un sentiment de grande intensité, mais non pas de longue durée.

secteur de sa vie affective est devenu le dominateur et l'opresseur des autres.

Cependant, même dans ce cas, l'affectivité joue en quelque sorte un rôle de régulateur d'elle-même, en incitant à accomplir une certaine action qui constitue une espèce de décharge, une sorte d'explosion. Mais dans cet état psychique anormal, la décharge se manifeste comme une activité également anormale. La nature de cette dernière dépendra de la personnalité tout entière de l'agent et des sentiments prédominant dans son âme (ceux-ci peuvent être sociaux ou anti-sociaux, agressifs envers les tiers ou envers soi-même, etc.). L'acte criminel est une décharge de ce type, qui apparaît lorsque le sentiment qui domine le psychisme de l'auteur est antisocial et que des tiers font l'objet de son agressivité ¹²¹.

Cette agressivité qui constitue, objectivement parlant, une solution inappropriée de la tension psychique, représente de toute façon, aux yeux de l'auteur, une décharge d'une haute tension psychique, un effort d'adaptation, une tentative de rétablissement de son équilibre psychique.

8. Et la volonté ? Quel est le rôle joué par la volition dans ce combat livré par les mobiles ?

Pour certains, la volonté n'est autre chose que le sentiment de choix (sélection) dû à la prédominance de l'un ou de l'autre faisceau de mobiles et à la synthèse de tous ces mobiles. Plus la différence d'intensité entre les mobiles incitateurs et inhibiteurs est grande, plus le sentiment de la liberté volitionnelle est puissant. Et inversement : plus la différence d'intensité est réduite, plus le sentiment de la liberté volitionnelle est faible ¹²².

D'autres au contraire, posent en principe l'autodétermination de la volonté, à laquelle ils assignent simplement, lorsqu'ils entendent s'appuyer sur une base scientifique, le sens de *potentialité* d'autodétermination ¹²³ ou de possibilité de se libérer de pulsions et de tendances immorales ou antisociales ¹²⁴. D'autres enfin avouent sincère-

¹²¹ Le névrosé, afin de se décharger de l'intense oppression affective qui le tourmente, aboutit à la névrose qui constitue une forme d'auto-agression. V. *supra*, p. 41.

¹²² MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, 1945, § 22.

¹²³ GEMELLI, *op. cit.*, pp. 195 ss. Cet auteur estime que la liberté de la volonté n'a pas été démontrée, du point de vue scientifique du moins.

¹²⁴ WELZEL, *Das d. Strafr.*, pp. 142 ss. (§ 20) ; du même auteur, *Schuld und Persönlichkeit*, ZStW. 60, pp. 428 ss.

ment l'impossibilité qu'il y a de prouver de façon scientifique soit le déterminisme, soit l'indéterminisme, et ils admettent le sentiment d'une certaine liberté et, partant, d'une responsabilité, comme une grande réalité vécue ¹²⁵.

La tendance actuellement représentée par un grand nombre de psychologues et de criminologues européens est celle d'un indéterminisme modéré, c'est-à-dire un indéterminisme qui reconnaît la relativité et les limites de la liberté volitionnelle ainsi que les difficultés sérieuses que pose sa constatation. Mais la tendance qui prédomine aujourd'hui dans le monde, sous l'influence des criminologues anglo-américains, est la tendance dite « pragmatique », c'est-à-dire qui est en dehors de toute philosophie déterministe ou indéterministe ¹²⁶.

On soutient même l'opinion que la question de la liberté de volonté est un problème qui n'intéresse pas le criminologue, mais seulement le juge ¹²⁷. C'est éluder, à notre avis, un problème très ennuyeux que l'on ne peut, il est vrai, résoudre de façon scientifique à l'aide des données de la psychologie et de la criminologie contem-

¹²⁵ AINSI HAFTER, *Lehrbuch des schweiz. Strafr.*, A.T., 2^e éd., 1946, p. 104 ; idem, *Strafrecht und Schuld*, in RPS, 40, pp. 104 ss. ; ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 1966, pp. 296 et ss. ; BOCKELMANN, *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit*, in ZStW. 1963, pp. 372 ss. JESCHECK, *Lehrbuch*, A.T., Berlin, p. 306. DE GREEFF (*La notion de responsabilité en anthropologie criminelle*, in R. Dr. P. Cr., 1931, pp. 445-460) affirme que le sentiment de responsabilité se rencontre aussi bien chez les irresponsables que les responsables, et même chez les malades mentaux ; nous concluons donc avec CORNIL (*L'impasse de la responsabilité pénale*, in R. Dr. P. Cr., 1961-2, p. 645), que ce sentiment est illusoire. ANDROULAKIS, *Zurechnung, Schuldbemessung und personale Identität*, in ZStW., Auslandsteil, 1970, pp. 494-500, est du même avis.

Sur ce sujet, v. encore la très vaste bibliographie in MEZGER-BLEI, *op. cit.*, pp. 159 ss. (§ 50) et JESCHECK, *op. cit.*, p. 302 (§ 37). J'ajoute à celle-ci et aux travaux mentionnés dans les notes précédentes : WOODARD, *Psychological aspects of the question of moral responsibility and punishment*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, t. 28, pp. 630 ss. ; HART, *Punishment and responsibility, Essay in the Philosophy of Law*, 1968 ; BETTIOL, *Colpa morale e personalità*, in *Scritti giudici*, 1966, t. II, pp. 864 ss. ; SANTAMARIA, *Il fondamento etico del dir. pen.*, Siena, Annuario Accadem., 1962-1963 ; Jean GRAVEN, *L'évolution de la notion de « responsabilité pénale »* et ses effets, in R. Int. Cr. P. T., 1964, pp. 178 ss. ; G. NASS, *Der Mensch und die Kriminalität*, t. I : *Kriminalpsychologie*, Berlin, 1959, pp. 37 ss. ; MANGAKIS, *Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit*, in ZStW. 75, pp. 499 ss. (ou pp. 119 ss. Auslandsrundschau).

¹²⁶ V. L. RADZINOWICZ, *Ideology and Crime*, chap. 3, parties I et II (tout particulièrement la dernière page) ; H. KAUFMANN, *Kriminologie*, t. I, pp. 15 s., ainsi que JZ 1962, pp. 193.

¹²⁷ Par ex., H. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 15. Mais par qui serait éclairé ce pauvre juge ?

poraines ; en effet, plus on l'approfondit, plus il apparaît difficile et complexe ¹²⁸.

En droit pénal, la majorité des pénalistes évitent ou escamotent ce problème fâcheux, en substituant à la faute et à la responsabilité morales la faute et la responsabilité juridiques ¹²⁹.

¹²⁸ Du point de vue *philosophique* nous posons le problème comme suit :

On ne saurait admettre le déterminisme mécanique, car la tendance évolutive (une partie de la loi fondamentale qui régit l'univers, la loi de l'évolution) est un instinct essentiel chez l'homme. Cette tendance signifie la capacité de dépasser les données d'un certain moment et de créer un nouvel état de choses au-delà de celles-ci. Nous estimons donc que l'homme tend à la liberté de la volonté, c'est-à-dire qu'il tend constamment au renforcement et à l'enrichissement de son « Moi » supérieur, de manière que celui-ci puisse plus aisément dominer les mobiles dus aux phénomènes psychiques inférieurs (pulsions, ou encore sentiments et pensées qui, bien qu'ils proviennent d'un niveau psychique plus élevé que celui des pulsions, sont égocentriques et intéressés). *La réalisation* de cette capacité potentielle de conquérir la liberté de volonté ne se rencontre que très rarement. Le professeur GEMELLI, moine franciscain déjà cité, convient lui-même, quoiqu'il soit un ennemi fanatique du déterminisme, dans son ouvrage cité ci-dessus, p. 95, que « l'homme est « en réalité, rarement libre » ; cependant, ajoute-t-il, cela n'implique pas une négation de la liberté. Par ailleurs, le célèbre endocrinologue PENDE se rallie à l'opinion de BERGSON pour qui la liberté morale existe, mais est aussi rare que la sainteté. (*V.Sc. Pos.*, 1952, p. 47.)

Nous estimons que DI TULLIO (in Rivista di Diritto Penitenziario, mars-avril 1936) pose correctement la question du point de vue *criminologique*. Il soutient en effet que l'autodétermination de la volonté est la prérogative d'un individu parfaitement sain et bien élevé, capable, de ce fait, de se comporter conformément à la morale sociale et légale. Etant donné que les criminels ne sont en général pas des individus aussi sains et possédant une éducation aussi bonne que les autres, il est évident que leur capacité « d'autodétermination » c'est-à-dire leur faculté de prendre une décision libre, ne peut qu'être diminuée.

¹²⁹ C'est le cas, p. ex., de MEZGER-BLEI, *Strafrecht* I, A.T., pp. 160 ss. MEZGER adoptait une position différente in *Kriminalpolitik*, 1935, p. 194 et *Lehrbuch*, p. 251. V. également H. MAYER, *Grundriss*, p. 105 ; KOHLRAUSCH, *Sollen und Können als Grundlagen des straf. Zurechnungsfähigkeit*, in Güterbock Festgabe, p. 26 (« eine staatsnotwendige Fiktion »). Presque tous ces auteurs prennent comme étalon *l'homme moyen* : si celui-ci est capable, dans les mêmes circonstances, d'éviter l'activité délictueuse, même le délinquant concret en a alors la faculté, pourvu qu'il ait conscience de l'illicéité de son acte, ou du moins qu'il puisse en avoir (syllogisme erroné du point de vue criminologique). MEZGER a dû avouer que cette position est insatisfaisante (*Strafrecht*, pp. 162-163). BOUZAT, dans le t. I de l'ouvrage de BOUZAT-PINATEL, *Droit pénal et Criminologie*, 1963, p. 223, considère qu'éluider la question du libre arbitre est de règle en droit pénal (codes pénaux et doctrine). Toutefois les données de la *criminologie* concernant la motivation et la relativité de la liberté humaine ont conduit le *droit pénal*, fondé sur la culpabilité et la responsabilité morale, à une crise, ou même, selon certains auteurs, à l'impasse : v. sur ce sujet les études précitées de Cornil et de J. Graven, auxquelles nous ajoutons celles de LANG-HIRICHSEN, *Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht*, in ZStW. 1961, pp. 210 ss., ainsi que *Probleme der strafrechtlichen Schuld und der Kriminologie*, in Civitas, t. II, 1963, p. 206. WELZEL croit surmonter la contradiction existant entre droit pénal et criminologie en recourant à l'anthropologie (v. WEL-

Nous avons estimé nécessaire d'apporter ces quelques précisions relatives à la volonté, et plus particulièrement à la liberté de volonté ; mais l'approfondissement de cette question formidable dépasserait le cadre de la présente étude.

Nous nous contentons donc de signaler le fait que la « volonté », dans la psychologie actuelle de la motivation, est considérée par certains auteurs comme une simple variante du processus de la motivation, cependant que d'autres la détachent entièrement du problème scientifique de la motivation¹³⁰.

En tout cas, la décision — indépendamment du fait qu'elle soit libre ou non — intervient après le choix opéré entre les mobiles, par la prédominance de l'un d'entre eux ou plutôt par la formation d'une synthèse, d'une résultante de ceux-ci en quelque sorte. C'est ainsi qu'à la fin du processus volitif, le mobile de l'acte est un ; il résulte de l'ensemble des mobiles issus du mécanisme de motivation dont nous avons essayé de décrire les grandes lignes. Le processus de volition s'est accompli dès l'instant où l'ordre final a été donné par le « Moi » conscient : « fiat ».

9. Afin de rendre plus explicite l'exposé qui précède, nous nous permettrons de citer ci-dessous certains cas intéressants.

Premier cas.

Nous commencerons par un cas particulièrement digne d'attention, étudié et cité par A. Gemelli¹³¹ ; il nous permettra de suivre les phases de l'adaptation psychique au crime (lutte entre les mobiles incitateurs et inhibiteurs).

ZEL, *Das d. Strafr.*, notamment pp. 148 ss.), mais il ne fait, au fond, que juger le délinquant *concret* selon ce qui peut arriver à l'homme *en général*, attitude rejetée par la psychologie générale et plus encore par la psychologie criminelle. Sur le problème de la responsabilité pénale dans son ensemble et la façon dont le considèrent les diverses branches de la science actuelle, v. les très intéressants Travaux du Colloque de Philosophie Pénale de 1959 à Strasbourg, portant ce titre : « La responsabilité pénale », 1961.

¹³⁰ V. sur l'ensemble de ce problème, GRAUMANN, *Motivation*, pp. 14 ss. ; KRECH et CRUTCHFIELD, *Grundlagen der Psychologie* (trad. allem.), t. I, pp. 281ss. ; THOMAE, *Handbuch der Psychologie*, t. II, 2, pp. 3 ss. et 13 ss. — Nous rappelons que nous n'employons pas le terme de « motivation » dans le sens psychiatrique ; v. *supra*, p. 11, n. 1.

¹³¹ *Op. cit.*, pp. 350-357.

M.L., condamné à la réclusion, était enfermé dans la prison allemande de Sieburg, où Gemelli séjournait également à des fins d'étude. De ce fait il put l'observer de très près pendant deux ans.

M. L., âgé de 32 ans, appartenait à un milieu aisé. Excellent psychiatre, destiné à une carrière universitaire, intelligent, à l'éducation soignée, il avait fait de solides études. Ses opinions politiques étaient conservatrices. Alors qu'il n'était encore qu'étudiant, il épousa une jeune fille d'une famille amie, issue d'un milieu fortuné et appartenant au même rang social que le sien. Au cours de leurs dernières années d'études secondaires, ces deux jeunes gens flirtèrent sans être réellement amoureux l'un de l'autre. Après leur mariage, ils se témoignaient mutuellement du respect et accordaient de l'importance à l'estime des tiers. Tout le monde les considérait comme un couple heureux. Ils eurent un fils, qui fut atteint de paralysie infantile. Sa mère le soignait avec un grand dévouement.

Un jour M.L. tomba follement amoureux d'une étrangère, plus âgée que lui, fort riche, très moderne et de nature indépendante. C'était l'opposé de sa femme, qui était le type de la bonne ménagère allemande cultivée. Il convient de noter que l'épouse, qui avait perdu ses parents peu après son mariage, était très aimée de ses beaux-parents.

M.L. avait, entre autres dons, un grand talent de pianiste. Le lien qui l'unissait à l'étrangère prit au début la forme de relations culturelles ayant pour base leurs goûts musicaux, mais évolua rapidement pour se transformer en liaison amoureuse, ce que remarquèrent d'ailleurs l'épouse et les parents de M.L. Ces derniers lui firent des observations, cependant que son épouse subissait son sort sans mot dire, en se consacrant avec dévouement à leur enfant malade.

Les amants étaient obligés de trouver constamment de nouveaux prétextes (des voyages en particulier) pour pouvoir être ensemble. M.L. commença de négliger son travail à la clinique, à tel point que son directeur, qui estimait profondément son caractère et sa culture, le menaça de renvoi.

C'est alors que s'insinua petit à petit dans son esprit l'idée de se libérer de celle qui était devenue un obstacle à son bonheur. M.L. repoussa immédiatement cette pensée indigne. Les deux amants cessèrent de discuter de leur situation, qui devenait de jour en jour plus intolérable, car elle était fondée sur le mensonge, la duperie et les subterfuges.

Ils visitèrent un jour les chutes du Rhin à Schaffouse. Tandis qu'ils les admiraient, M.L. imagina que si son épouse s'était trouvée

à ses côtés, il aurait suffi, après tout, d'une légère poussée... Il se fit horreur et décida brusquement de partir sans fournir d'explications à son amante qui l'interrogeait. Mais dès cet instant, l'idée du crime avait envahi son âme.

Il dut un jour rédiger à la clinique un rapport d'expertise au sujet d'un empoisonnement. L'accusée avait échoué dans sa maladroite tentative. Le même soir, au cours du dîner, l'idée criminelle se présenta de nouveau à M.L. lorsqu'il vit sa femme manger sa soupe. Il repoussa une fois de plus cette pensée. Cependant, au cours de la nuit, tandis qu'il rédigeait dans son bureau le rapport d'expertise, il se surprit à s'interroger : « Et s'il était possible de commettre cet acte sans que personne s'en aperçoive ? »

Un autre jour, il opérait à titre expérimental un chien dans le laboratoire ; l'anesthésiste administra, par inadvertance, une trop forte dose de chloroforme à l'animal qui en mourut. « ... S'il s'agissait d'opérer ma femme, songea-t-il brusquement ? ». Le lendemain, comme par le fait d'une coïncidence diabolique, lorsqu'il rentra chez lui pour déjeuner, il trouva sa femme souffrant d'une crise d'appendicite. Elle fut opérée d'urgence ; son époux assista à l'intervention. Il quitta la salle d'opération, fiévreux, le visage couvert de sueur. Un de ses collègues lui prit le bras, le mena hors de la salle et lui dit : « vous êtes vraiment un époux modèle ». Ces paroles lui firent l'effet d'un coup de couteau dans le cœur.

Depuis ce jour, chaque acte, chaque moment de sa vie conjugale suscitaient en lui une idée fixe : celle de se débarrasser de son épouse. Il la repoussait toujours, mais chaque fois plus faiblement.

Un soir, M.L. revint chez lui exténué et se laissa tomber dans un fauteuil. Sa femme se pencha sur lui en lui caressant le front : « Tu dois vraiment prendre garde à ta santé, sinon tu te rendras malade. Si je meurs cela ne fera de mal à personne (s'était-elle déjà rendu compte qu'elle était gênante ?), mais toi tu es fort et indispensable à notre fils ». M.L. sursauta et se mit à pleurer très fort.

Enfin, la suppression de l'épouse fut décidée au cours de la dernière phase du processus criminel (qui dura deux ans au total). Durant toute cette phase, M.L. se montrait extrêmement « nerveux » à l'égard de tous ; un rien le troublait ; la lutte qu'il livrait contre lui-même se poursuivait encore. Il imaginait parfois la mort de sa femme, la douleur de ses propres parents qui l'aimaient tendrement, les pleurs de son fils, les funérailles, le deuil, le veuvage...

Mais il imaginait également ses noces, les commentaires acerbes des mauvaises langues : « Pourquoi cette hâte à se remarier : N'au-

rait-il pu attendre un peu ! Et pourtant l'épouse actuelle n'est pas « tendre » comme l'autre ! » M.L. éprouvait durant toute cette période une angoisse réelle ; cette lutte psychique l'avait totalement absorbé.

Un jour enfin, il introduisit du poison dans la nourriture de son épouse. La mise à exécution du crime fut si grossière que le juge se demandait, tout interdit, comment un médecin aussi qualifié avait pu le commettre avec l'espoir d'échapper au châtement et de jouir du fruit de ce meurtre en épousant son amante.

Le comportement de cet homme, après qu'il eut accompli cet homicide volontaire, éclaire sa personnalité ainsi que tout le processus de volition. Lorsque les premiers symptômes de l'empoisonnement se manifestèrent chez son épouse, peu de temps après l'absorption du poison, M.L. fut incapable de se dominer ; il alerta tout le monde par téléphone, invita ses collègues et même son professeur à se hâter pour sauver son épouse, étendue sur son lit, auprès duquel il demeurerait agenouillé. M.L. donna une explication ridicule de l'événement, qui ne convainquit personne ; au contraire, elle fit naître immédiatement des soupçons. Soudain M.L. s'écria, comme s'il sortait d'un rêve : « C'est moi qui l'ai tuée ! Je suis infâme, c'est moi, c'est moi ! »

Il convient de noter que Gemelli était secondé, dans les observations qu'il faisait sur les détenus de Sieburg, par M.L. lui-même, dont il appréciait beaucoup les qualités intellectuelles et la conscience professionnelle. C'est avec un véritable sentiment de contrition et en sanglotant qu'il lui raconta son histoire ; la dernière scène notamment (qu'il répéta plusieurs fois), ainsi que celle du jugement, au moment où il avoua son crime et qu'un cri de réprobation s'éleva de l'auditoire. Il s'éveillait souvent dans la nuit, croyant encore entendre ce cri.

Gemelli prit soin de rencontrer les personnes qui étaient en relation avec M. L. et d'étudier le dossier de l'affaire. Le récit paraissait parfaitement sincère. Le professeur de M.L. (professeur de psychiatrie) lui confia : « J'estime encore aujourd'hui impossible que cet homme ait commis un acte pareil ! »

L'examen de M. L. révéla qu'il était sain, sportif, légèrement extraverti, sans tares héréditaires quelconques et ne souffrant d'aucune maladie évolutive. Ses collègues de la clinique psychiatrique le trouvèrent tous, sans exception, parfaitement normal ; ils ne purent poser aucun diagnostic d'ordre psychiatrique à son sujet.

Notre médecin continua d'ailleurs à travailler en prison, plusieurs années durant, soignant avec dévouement ses codétenus malades, sans jamais manifester le moindre indice d'anomalie psychique. Il

trouva la mort au cours de la dernière guerre, à la suite d'un bombardement, au moment même où il transportait dans un abri, avec une véritable abnégation, des tuberculeux qu'il soignait avec beaucoup d'affection.

Ce cas, où Gemelli ne décèle aucune préméditation, mais une longue période d'acceptation du crime, c'est-à-dire une lutte opposant mobiles incitateurs et inhibiteurs, présente un intérêt particulier, en raison même de la durée extrêmement longue de cette lutte, de la culture et de la profession du coupable qui analysa lui-même, de façon détaillée, le processus psychique dans sa totalité. Il s'agit en l'occurrence d'un acte qui se trouvait en contradiction avec la personnalité ordinaire du coupable, comme nous l'avons déjà exposé. D'autre part, la durée de la lutte et la vigueur de la résistance opposée au moment où la décision fut prise démontrent également que nous sommes en présence d'un agent très peu dangereux. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un sujet ayant une disposition criminelle fondamentale (et, par conséquent, une position antisociale fondamentale, comme nous l'avons exposé dans le chapitre précédent). Son acte est en contradiction tout à la fois avec sa nature psychique et avec son comportement à l'égard de ses semblables.

Son acte démontre qu'il existe des tendances criminelles (comme le soulignent les psychanalystes) même dans le subconscient d'un homme bon et intègre, tel l'auteur du crime rapporté ci-dessus, comme le prouvait sa vie antérieure et postérieure au crime. Ces tendances peuvent se manifester sous l'influence de circonstances exceptionnelles.

M.L. possédait un « Sur-Moi » puissant, c'est-à-dire, en l'occurrence, des principes moraux et affectifs qui s'étaient enracinés inconsciemment en lui dès son enfance, qui ont leur origine dans l'entourage familial d'abord, dans le milieu scolaire ensuite. Son « Moi », également fort, consistait en principes moraux consciemment fondés sur la conception qu'il avait du bien et du mal et sur la recherche de la considération de ses semblables.

Quoi qu'il en soit, la pression créée par l'intolérable situation affective envahit, avec le temps, son aire psychique et l'incita de façon impérieuse, à trouver une issue. Il en choisit une parfaitement inefficace.

Son « Sur-Moi » luttait dans le subconscient en premier lieu ; puis vint le tour du « Moi » qui réagit dans le conscient, au début par le rejet indiscuté ; ce « Moi » céda finalement par degrés, en raison de la pression intolérable qui s'était longuement exercée sur lui, mais,

semble-t-il, ne capitula jamais complètement (du fait de sa puissance exceptionnelle). Cela est démontré par la façon particulièrement grossière dont l'acte a été commis, caractéristique, selon les psychanalystes, d'une adhésion incomplète du « Moi », ainsi que par l'effort immédiat qu'a fait le coupable pour neutraliser son acte, par son repentir, sa contrition, etc. L'attaque de l'impulsion criminelle, qui se fait par vagues successives, venant de l'inconscient pour déferler sur le conscient, est caractéristique. Non moins grand est l'intérêt que présentent, d'une part l'augmentation de l'intensité de l'attaque et, d'autre part, le fléchissement correspondant de la résistance du « Moi » au cours de la phase finale de la lutte. Celle-ci a atteint la personnalité même de l'auteur du crime, en faisant de lui un homme différent, par le moyen de l'angoisse provoquée par cette idée fixe, chargée d'une affectivité très forte, qui finit par s'emparer de toute son aire psychique.

Nous relevons enfin un aspect particulièrement intéressant du processus psychique : c'est lorsque M.L. s'écrie soudain, *comme à l'issue d'un rêve* : « C'est moi qui l'ai tuée ! Je suis infâme ! C'est moi, c'est moi ! » Ce fait confirme de façon éclatante que l'acte a été dicté et imposé par un facteur étranger au « Moi » conscient, qui domina l'aire mentale du criminel jusqu'au moment où le « Moi », retrouvant le sens du contrôle et de la direction, réprouva l'acte imposé par le reste du psychisme (surtout le « Ça », la passion).

Deuxième cas.

10. Un autre cas cité par de Boor¹³², démontre combien il est difficile de découvrir le mécanisme des mobiles (lutte opposant facteurs incitateurs et inhibiteurs). Il s'agit ici d'un vol commis à Cologne par le professeur J., une Allemande âgée de 43 ans, saine, honnête, consciencieuse et ne présentant aucune anomalie mentale. L'examen médical n'a révélé, en fait d'élément anormaux, que la présence de troubles neurovégétatifs et une longue durée du flux menstruel.

Madame J., après avoir déjeuné, le 14 décembre 1952, en compagnie d'amis (repas au cours duquel ils burent du vermouth, puis du cognac et du café), se rendit avec ceux-ci sur la tombe de son époux, décédé le 2 septembre 1952. Puis elle acheta une montre de prix pour sa fille ; enfin elle se rendit avec une amie dans un grand

¹³² DE BOOR, *Ueber motivisch unklare Delikte*, 1959, p. 152.

magasin, afin d'y faire l'emplette de gants pour ses enfants. Comme elles fouillaient dans le tas de gants et que les acheteurs étaient nombreux en cette fin d'année, elle entendit soudain son amie lui dire : « Nous pouvons nous approvisionner aujourd'hui à très bas prix. Tu as déjà une paire de gants dans ton sac » ; peu après son amie ajouta : « Cache-les, personne ne nous voit ». En entendant ainsi murmurer à ses oreilles, Madame J. perdit la maîtrise d'elle-même et ne fit rien. Elle entendit à cet instant le détective du magasin lui dire : « Remettez les gants à leur place. » C'est avec un sentiment de soulagement, comme elle le raconta par la suite, qu'elle restitua les gants. Elle songea soudain : « Mon Dieu, j'en ai une paire dans mon sac. » On la conduisit ensuite dans le bureau du directeur — « J'avais le sentiment d'être conduite à la guillotine », avoua-t-elle plus tard — où l'on fouilla son sac : on y trouva quelques menus objets qu'y avait jetés son amie, à son insu, d'une valeur totale de 9,35 marks. Il convient de noter que le professeur disposait de beaucoup d'argent, ayant reçu ses étrennes de Noël. Au cours de l'interrogatoire, elle fut prise de panique ; en raison de la honte intolérable qu'elle éprouvait, elle s'efforçait de dissimuler son nom réel.

La directrice de l'école où elle enseignait, qui avait été appelée à déposer, fit l'éloge de sa collaboratrice en attribuant son acte au surmenage et à une surexcitation nerveuse. En effet, le chagrin causé par le décès de son époux ajouté au surmenage dû à l'enseignement, aux travaux ménagers et aux soins à donner à ses deux enfants avait provoqué une dépression nerveuse contre laquelle elle luttait à grand renfort de somnifères d'une part, de café et de boissons alcooliques d'autre part.

En raison de la contradiction existant entre l'acte et la personnalité de Madame J., un examen psychiatrique fut ordonné. Celui-ci ne révéla aucun symptôme pathologique.

L'action judiciaire engagée contre Madame J. fut suspendue ; elle fut simplement condamnée à verser une amende à des œuvres de bienfaisance.

En avril 1958 elle fut soumise à un nouvel examen. Sa vie, dans l'intervalle, avait été celle d'une personne irréprochable. « Je ne m'explique pas encore mon acte ; j'étais faible et dépourvue de volonté, au point d'être le jouet de n'importe quelle force... Cette expérience m'a permis de mieux comprendre les faiblesses et les difficultés auxquelles se heurtent mes semblables. J'ai ainsi reçu une leçon durable qui sera utile à ma profession de pédagogue ».

En raison de la perte de contrôle du « Moi » à la suite d'une dépression des forces physiques — phénomène analogue, pensons-nous, à celui qui intervient au cours du sommeil ou de l'hypnose —, les tendances pulsionnelles, obéissant aux murmures, surgirent du subconscient où elles se trouvaient à l'état latent. Celles-ci étaient parfaitement réfrénées, dans des conditions normales, par les forces inhibitrices que sont les convictions morales conscientes de Madame J. Les murmures de l'amie jouèrent, à notre avis, le rôle de la suggestion au cours de l'hypnose.

Troisième cas.

11. Nous citerons enfin un cas qui s'est présenté il y a quelques années aux U.S.A. Il souleva parmi les spécialistes de longues discussions, à propos de la qualification des crimes notamment : s'agissait-il ou non de crimes impulsifs ? Nous citons cet exemple pour montrer combien il est parfois difficile de poser un diagnostic permettant d'établir s'il s'agit ou non de crimes impulsifs ou compulsifs et, partant, de vérifier l'existence de l'imputabilité et du degré de celle-ci.

Nous relaterons ce cas tel que l'a décrit le professeur C. Gardikas¹³³.

Pollard, un Noir intelligent, actif, estimé et qui avait un bon caractère, servait depuis plusieurs années dans les forces de la police de Detroit. Marié, père de quatre enfants, c'était un bon époux et un excellent père de famille. Il n'avait eu dans sa vie ni difficultés ni embarras. En avril 1956 son épouse et sa petite fille furent tuées par un voisin en état d'ébriété. P. devint graduellement morose, mais continua de servir dans les rangs de la police. Vers le mois de mai 1958 il se remaria. A la veille de ses noces, fusil en main, il tenta de cambrioler un établissement bancaire vers 11 heures. A 16 heures, au cours de la même journée, il tenta de cambrioler une autre banque. Quelques jours après il pénétra dans une troisième banque avec l'intention de la dévaliser. La semaine suivante c'était une épicerie qui faisait, de sa part, l'objet d'une tentative de vol ; mais lorsque le

¹³³ *Les crimes impulsifs*, in Ann. Pén. 1965, pp. 76 s. (en grec). Le professeur GARDIKAS constate (p. 76) que ceux qui s'occupèrent du cas aux U.S.A. ne firent pas la distinction entre les impulsions-symptômes de psychasthénie et celles qu'on observe chez les sujets non atteints d'une psychasthénie (psychose) quelconque.

propriétaire appela au secours, P. s'enfuit en abandonnant sa voiture sur la place du marché. Lorsqu'il revint plus tard pour la reprendre, il fut appréhendé par des agents de la sûreté. Il paraissait particulièrement soulagé après son arrestation ; il avoua, par ailleurs, avoir commis onze tentatives de cambriolage.

Les avocats de la défense soutinrent que P. souffrait d'une maladie mentale lors de l'accomplissement de ses actes et que ces délits avaient été perpétrés sous l'empire d'une impulsion invincible. Le tribunal ordonna le transfert de l'accusé au centre médical des prisons fédérales des Etats-Unis à Springfield (dans l'état du Missouri — United States Medical Center for Federal Prisons), aux fins d'un examen psychiatrique et d'un rapport d'expertise.

Selon ce document, P. aurait subi une dépression à la suite du meurtre de son épouse et de sa fille, dépression caractérisée par une réaction oppressive et non par une psychose. L'examen neurologique révéla un état normal. On ne décéla aucune perte de mémoire ni altération du matériel mnémonique, aucune interruption dans le processus noétique, aucune scission de la personnalité, pas de troubles psychosensoriels ni d'hallucinations. L'intelligence se situait entre le niveau « élevé » et le niveau « supérieur » (Q. I. 119). Les connaissances du sujet étaient du niveau de l'école secondaire (high school). Ce même examen ne révéla, par ailleurs, aucun indice de psychose (rupture profonde de la personnalité). Le centre médical conclut son rapport final de la façon suivante : Les symptômes de réaction inhibiteurs subséquents à l'assassinat de son épouse et de son enfant en 1956, la longue période de convalescence, la série très particulière de cambriolages préparés et perpétrés de façon inefficace, le soulagement émotionnel et la fin de la tendance délictueuse après l'arrestation indiquent la formation possible durant cette période d'un état schizophrénique, de sorte que (de mars à mai 1958), P., quoique mentalement capable de distinguer ce qui est juste de ce qui ne l'est pas, « pouvait » être guidé par des impulsions non connues de façon précise, qui le rendaient incapable de s'orienter vers ce qui est juste.

L'accusation soutenait avec insistance que l'accusé était parfaitement responsable. Cependant, le tribunal l'acquitta, en lui accordant le bénéfice du doute. Quoi qu'il en soit, il n'a pas été possible de trouver une explication satisfaisante de cette activité criminelle.

Tant le caractère insolite de l'acte par rapport à la personnalité du coupable tout entière que l'inefficacité du plan criminel sont, à notre avis, les indices d'élaborations profondes qui se sont faites dans son subconscient à la suite de l'assassinat de deux êtres chers.

Ces indices pourraient nous faire soupçonner la présence de sentiments subconscients de culpabilité au sujet de la mort de son épouse et de son enfant, sentiments qui se seraient développés sur le terrain propice de complexes antérieurs. Ceux-ci proviendraient soit, par exemple, du fait de ses absences prolongées du foyer, qui ne lui auraient pas permis de défendre les siens, soit du fait qu'il était peut-être, comme l'assassin, alcoolique. Ces sentiments de culpabilité le poussèrent de façon subconsciente à rechercher son propre châtiment, comme le démontre la disparition de la tendance délictueuse après l'arrestation ¹³⁴.

Cela n'est cependant qu'une simple hypothèse qu'il s'agirait de vérifier. De toute façon, ce n'est qu'en explorant attentivement le subconscient, selon les méthodes préconisées par la psychologie des profondeurs, qu'il serait éventuellement possible de découvrir les mobiles de ces actes. Tous les examens psychiatriques ordinaires n'ont pu expliquer le comportement de Pollard. Mais puisqu'il ne s'agit pas d'un sujet atteint de psychasthénie, *ce comportement ne peut qu'avoir un certain mécanisme de mobiles incitateurs et inhibiteurs* ¹³⁵, constituant l'introduction du processus de la volonté. Ce mécanisme toutefois est caché, mais s'il était découvert, il nous permettrait de comprendre ce comportement.

¹³⁴ L'explication psychanalytique de la recherche du châtiment par l'accomplissement du crime n'est admise par les psychanalystes et les psychologues des profondeurs actuels que pour un nombre relativement limité de crimes. V. D. LAGACHE, *Contribution à la psychologie de la conduite criminelle*, in *Revue française de psychanalyse*, octobre-décembre 1948 ; HESNARD, *op. cit.*, p. 252.

¹³⁵ Les sujets atteints de psychasthénie ont également une manière propre de penser et de sentir, lors de l'accomplissement de leurs actes, mais il s'agit en fait d'une manière anormale et insolite fondée habituellement sur des données imaginaires.

CHAPITRE II

LES THÉORIES RELATIVES À LA NOTION DE MOBILE ET AU RÔLE DES MOBILES EN DROIT PÉNAL

INTRODUCTION

Nous avons étudié au chapitre précédent la notion de mobile du point de vue psychologique, soit selon la psychologie générale et la psychologie criminelle. Nous examinerons maintenant les théories développées en droit pénal concernant, d'une part, le sens donné à cette notion et, d'autre part, l'importance et le rôle des mobiles en matière de droit pénal.

La notion de mobiles, dans le cadre du droit pénal, a retenu depuis fort longtemps l'attention des auteurs qui ont étudié cette question.

En 1829 déjà *J. Bentham*¹ décelait et soulignait dans une étude fort en avance sur son époque et consacrée au danger social (« alarme », appelée plus tard « periculosità » par l'école positive italienne), l'importance des mobiles de l'acte punissable et l'influence qu'ils exercent *sur sa nuance morale* et *sur le degré de danger social*, lesquels diffèrent, dans le même type de délit, selon la nature du mobile qui agit sur un individu déterminé.

Il est remarquable que, dès 1829, Bentham ait recommandé de prêter une attention toute particulière à la recherche du mobile, puisque, selon lui, il peut y avoir à l'origine d'un acte des mobiles différents ou multiples et qu'il n'est pas rare que nous nous trompions nous-mêmes sur nos propres mobiles. Cet auteur a donc saisi dès cette époque la notion de combinaison de plusieurs mobiles, le

¹ *Principes du code pénal*, in Œuvres, Bruxelles, 1829, t. I, chap. VIII, p. 133, *De l'influence des motifs sur la grandeur de l'alarme*.

« faisceau de mobiles » (« Motivbündel »), comme on la nomma par la suite et a même entrevu les mobiles subconscients.

En 1837 *Romagnosi*², après avoir étudié la question, parvient à la conclusion suivante : La définition exacte de la notion de mobile du crime (« spinta criminosa ») dépend de la solution « des problèmes les plus grands » du droit naturel et social et de la politique criminelle.

C'est ainsi qu'avec le temps l'accent a été mis sur l'importance que revêt la recherche d'autres catégories encore de notions relevant du côté subjectif du crime, soit les notions de mobile et de but, parallèlement à celle de culpabilité (dol et négligence).

L'interprétation de ces notions fit entre pénalistes l'objet de nombreuses controverses. Cela est dû au fait, d'une part, que la compréhension de celles-ci exige une analyse minutieuse de plusieurs phénomènes psychologiques et de notions connexes (tels le caractère, l'affectivité, les pulsions, les impulsions, l'intellect, la volonté, la décision, la conscience, l'inconscient, le subconscient, le mobile, le but, le motif, etc.), ainsi qu'une solide connaissance de la psychologie criminelle en général ; le fait que, d'autre part, les mobiles et l'intention jouent, comme nous le verrons par la suite, divers rôles juridiques, dont la compréhension suppose un approfondissement de presque tous les problèmes fondamentaux du droit pénal, n'est pas non plus étranger à ces controverses. Par ailleurs, on a accordé une importance plus grande à l'influence qu'exercent les mobiles tantôt sur la gravité de l'acte, tantôt sur le degré de responsabilité ou de périculosité de l'auteur, selon la position fondamentale adoptée éventuellement par chaque pénaliste et par l'école de laquelle il se réclame — celle-ci pouvant accorder plus d'importance au crime ou, au contraire, au criminel (« Tatstrafrecht » ou « Täterstrafrecht », « diritto penale del reato o del reo »).

Nous ferons remarquer dès maintenant, et le prouverons par l'examen des opinions des divers auteurs qui ont étudié la question, que la science pénale italienne a élaboré la notion du point de vue psychologique, notamment par rapport à l'importance des mobiles en tant que critères *de la disposition criminelle ou du danger que représente l'auteur*, c'est-à-dire en prenant comme base les recherches *criminologiques* y relatives. Les pénalistes allemands au contraire se sont consacrés à l'étude de notre sujet principalement selon l'optique *dogmatique*, en corrélation avec l'analyse du « Tatbestand »

² ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, 1837, n° 1432a-1445.

(structure juridique du délit), notamment avec la question des éléments subjectifs situés au-delà du dol ordinaire (« subjektive Tatbestandsmerkmale » ou « subjektive Unrechtselemente »), ainsi qu'avec la question des causes de justification (« Rechtsfertigungsgründe »)³.

C'est pourquoi le code pénal italien, dans sa partie *générale*, contient depuis 1930, année de sa publication, des dispositions prévoyant la recherche des mobiles, afin de déterminer le degré de périculosité (« periculosità ») que représente le criminel et le degré de gravité de son acte en général ; de telles dispositions n'existaient pas en droit pénal allemand jusqu'en 1970⁴.

Nous n'estimons pas qu'il soit possible ni utile de citer une à une les opinions des pénalistes relatives à cette question. Nous nous bornerons donc à exposer de façon succincte les théories de ceux qui se sont spécialement occupés de la question ainsi que les opinions qui présentent un intérêt particulier pour la doctrine en général ou pour celle d'un pays déterminé.

A) DOCTRINE ITALIENNE.

1. L'école positive italienne a tout particulièrement insisté sur l'importance des mobiles. *Ferri*⁵ notamment les considère comme faisant partie des principes capitaux (principii massimi) de la théorie de l'école positive relative à la responsabilité pénale. Il souligne encore le fait que, du moment qu'un processus de volition quelconque comme n'importe quel acte humain ne sont que le résultat des mobiles qui influèrent à un moment déterminé sur la conscience de l'individu, *il est évident que la valeur morale de tout acte humain dépend précisément des mobiles qui en sont à l'origine*. C'est ainsi que les mobiles constituent, du point de vue subjectif, *un critère de la valeur morale de l'acte ou de la gravité de celui-ci*.

³ Il convient toutefois de noter que certains auteurs allemands antérieurs ont examiné les mobiles en corrélation avec la gravité de l'acte et la personnalité du criminel.

⁴ Le C.P. All., contrairement au C.P. It. (art. 133, 61 et 62), ne contenant aucune disposition d'ordre général sur l'application de la peine, ni sur les circonstances atténuantes générales. La première loi modificatrice de 1969 (entrée en vigueur le 1^{er} avril 1970) par son § 13 régit la fixation de la peine. Celui-ci fait une place aux mobiles parmi les éléments que le juge est tenu de prendre en considération. La modification n'a pas introduit, en revanche, de circonstances atténuantes générales.

⁵ Cf. *Ferri, Sociologia criminale*, 5^e éd., 1930, t. II, pp. 262 ss. et pp. 102 ss.

Parmi ces mobiles il distingue, en adoptant un critère qualitatif, les mobiles antisociaux des mobiles sociaux (les mobiles sociaux sont pour lui généralement ceux qui résultent de convictions politiques)⁶.

Il considère les mobiles antisociaux comme un élément indispensable du crime naturel. De plus, il pose en principe que vouloir accomplir un fait objectif ne suffit pas à constituer le côté subjectif du délit. Il estime encore que le fait de se contenter de la volonté est psychologiquement faux et ne saurait correspondre à la notion de l'acte, de celui qui intéresse la loi pénale notamment. En dehors de la volonté, il faut toujours tenir compte de l'intention (« *intenzione* ») et du but (« *scopo* »)⁷. « L'intenzione » constitue, selon lui, le but direct, immédiatement visé par l'acte. Il entend en revanche par « *scopo* », un lien plus étroit entre les mobiles et le résultat plus éloigné auquel visait l'auteur, désireux d'obtenir un résultat immédiat. Prenons un exemple : A tire *volontairement* sur B dans l'*intention* de le tuer (but immédiat). Le *but* (résultat final) était, par exemple, le brigandage ou l'usurpation d'un héritage.

C'est ainsi que, selon Ferri, pour établir la responsabilité pénale, le concours des trois éléments suivants est nécessaire : la volonté (au sens d'intention ou but immédiat), le dommage, et le but final antisocial ou illégal.

Il distingue nettement l'intention (but immédiat, « *intenzione* ») des mobiles : la première est un élément purement noétique, tandis qu'il considère comme mobiles « *toutes les conditions psychiques* qui, « à un moment donné, influent sur la volition, *surtout les sentiments* » (« *sentimenti* ») qui sont... les facteurs principaux, déterminants des « actes humains, conscients ou inconscients, mais résultant toujours « des circonstances de l'acte et du caractère de l'auteur dont ils « constituent l'indice le plus particulier, car l'homme agit comme il « sent et non comme il pense »⁸.

Il ne distingue cependant pas nettement les mobiles du but final, ou plutôt il les identifie presque⁹.

Toutefois Ferri ne considère pas le but final concret ou le mobile concret de chaque acte accompli comme un élément constitutif de celui-ci (par exemple, le but final visant à la neutralisation d'un

⁶ *Op. cit.*, p. 263.

⁷ Cf. *op. cit.*, p. 188.

⁸ Cf. *op. cit.*, p. 267.

⁹ Cf. là-dessus, *Sociologia*, t. II, p. 188 et *Principi di diritto criminale*, 1928, pp. 313-315.

adversaire politique ou à l'élimination de l'épouse pour permettre au coupable d'épouser son amante, etc., n'est pas un élément constitutif de l'homicide). Il estime simplement nécessaire qu'il existe, *de façon générale, une position psychique antisociale de l'auteur par rapport à son acte*, comportant une orientation téléologique de la volition vers le résultat objectivement injuste, antisocial, orientation *inspirée par des mobiles psychiques antisociaux* ; c'est-à-dire, pour reprendre sa formule, « uno scopo antisociale e antiguiridico », ce qui constitue la règle dans les actes criminels intentionnels (« dolosi »). Si donc, par exception, l'acte objectivement délictueux a été commis dans un dessein utile sur le plan social, il n'existe pas de délit, selon Ferri. Mais il n'est pas tenu compte du mobile psychique *concret* et du *degré* de caractère antisocial de celui-ci — degré qui diffère d'un mobile à l'autre — pour l'établissement de la structure juridique du délit. On ne tient compte du mobile et notamment de son degré de moralité que pour la fixation judiciaire de la peine ou de la mesure en tant que critère du *degré de la valeur morale de l'acte et du degré de « périculosité » que présente l'auteur*¹⁰.

Ainsi donc, à notre avis, Ferri, sans avoir suffisamment élaboré son idée du point de vue dogmatique et systématique, requiert simplement comme élément du délit *l'opposition psychique du coupable aux règles du droit pénal, opposition plus riche et plus substantielle que la simple volonté de parvenir à un résultat* ; il s'agit donc d'un *comportement intentionnellement antisocial*. Cette théorie, qui en son temps¹¹ provoqua nombre de réactions, si on l'interprète comme nous le faisons, annonce à l'avance la tendance actuelle de la « subjectivisation » de l'illicéité (« Subjektivierung des strafrechtlichen Unrechts », pour reprendre la terminologie de Mezger) ou plutôt celle du droit pénal en général¹².

¹⁰ Cf. notamment *Principi di dir. criminale*, p. 317 ainsi que, ci-dessous, la théorie de FIORETTI et la critique qu'en fait Ferri.

¹¹ La théorie a été développée pour la première fois en 1878 dans la seconde partie de l'ouvrage de FERRI intitulé *Teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*. La *Sociologia Criminale* du même auteur contient également cette théorie. Cet ouvrage a fait l'objet d'une seconde édition en 1884. La première portait le titre suivant : *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*.

¹² Une théorie apparentée à celle-ci est celle des « subjektive Unrechts-elemente » ou « subjektive Tatbestandsmerkmale ». L'orientation fondamentale en est semblable ; mais Ferri en a généralisé le principe. Néanmoins, Ferri n'exige une attitude psychique antisociale que de façon générale, tandis que la théorie des éléments subjectifs exige un but ou un mobile déterminé, particulier dans chaque délit contenant un tel élément. Cf. sur la théorie des « subj. Unrechts-elemente », *infra*, pp. 255 ss. La doctrine finaliste de l'acte, bien qu'elle soit diffé-

2. *Pecoraro-Lombardi* dans une étude spéciale¹³ distingue les mobiles en adoptant comme critère la nature de ceux-ci, selon les besoins fondamentaux, individuels ou sociaux, qui en sont à l'origine. Le point le plus intéressant de son analyse psychologique est qu'un même besoin fondamental peut faire naître des mobiles sociaux ou antisociaux, légitimes ou illégitimes, selon le degré d'intensité et la direction qu'ils prennent (c'est-à-dire l'acte objectif vers lequel ils tendent). Ainsi, de l'instinct de conservation peut naître soit le mobile social qu'est le désir de gagner sa vie par son travail, soit celui de lucre illégitime, soit même celui de la cupidité¹⁴.

3. La ligne de l'école positive a été également suivie par *Conti* dans plus d'une de ses études, dont la dernière s'intitule « *Sempre dei moventi a delinquere* »¹⁵. Il établit la distinction entre le mobile « *movente* ») et le but (« *fine* ») et définit le mobile du crime comme étant le désir incitant à l'acte criminel (ou le désir initial incitant au crime). Il considère comme but criminel l'intention orientée vers la réalisation de l'acte objectivement injuste (c'est-à-dire contraire aux conditions de la vie sociale commune). Ainsi le but direct devient-il synonyme de dol, ou, pour nous exprimer plus clairement, « l'intention » des doctrines française et suisse.

Conti soutient une opinion qui ressemble à celle de *Pecoraro-Lombardi* et qui est la suivante : les mobiles ne doivent pas, du point de vue moral, être appréciés séparément, mais en corrélation avec le dommage objectif ; car un mobile quelconque n'est point moral si, pour le satisfaire, l'acte commis provoque un dommage d'un bien

rente de la conception de Ferri, requiert aussi d'une façon générale une attitude intentionnelle de l'agent par rapport à son acte (v. *infra*, pp. 105 s.). La conception la plus proche de celle de Ferri est peut-être celle de HIMENEZ DE ASÚA (*Les problèmes modernes et la culpabilité*, in *Hommage à J. Constant*, pp. 153 ss.) : pour cet auteur l'intention et la négligence ne deviennent dolus et culpa « qu'après la constatation des mobiles et du caractère de l'agent », c'est-à-dire de son attitude psychique antisociale.

¹³ *Tentativo di una teoria dei moventi a delinquere*, in *Circolo Giuridico*, t. XXVI, Palermo, 1895, fasc. avril-juin.

¹⁴ Il faut noter qu'Aristote déjà avait exprimé cette pensée dans l'*Ethique à Nicomaque*, où il préconisait l'idée suivante : le juste est en quelque sorte une proportion, « Ἐστὶν ἄρα τὸ δίκαιον ἀνάλογόν τι » (L. 5, III, 8). L'excès ou le défaut provoquent le blâme ; le moyen obtient l'éloge et le succès. Donc, la vertu correspond à un degré moyen (L. 2, VI, 12-13). Mais tout acte et tout état affectif (= mobile) ne peuvent être d'un degré moyen proportionnel, parce qu'il y a certains traits de caractère qui sont essentiellement immoraux tels la méchanceté, l'impudence, l'envie... (L. 2, VI, 18).

¹⁵ V. *Rivista Penale*, 1900, pp. 249 ss.

fondamental (par exemple A tue B, qui est riche et qu'il vole, afin de subvenir aux besoins vitaux de ses enfants). Cette opinion est en partie correcte, car chaque mobile est, fondamentalement, moral ou immoral, si l'on tient compte du « id quod plerumque fit ». Mais son degré de socialité ou moralité est différent lorsque l'on pèse toutes les conditions, subjectives et objectives, de l'acte. On peut cependant trouver des cas où celui-ci change même essentiellement de couleur morale ¹⁶.

Conti considère que le mobile est « avant tout un élément constitutif du crime » ¹⁷. Il estime par ailleurs qu'une théorie juridique relative aux mobiles du crime doit précisément commencer par inclure le mobile dans la notion juridique de crime. Dans le cas d'un acte objectivement criminel (c'est-à-dire injuste), le mobile sera soit légal, auquel cas il supprimera le caractère injuste de l'acte et la notion de crime ne sera pas complète, soit illégal, ce qui permettra de compléter ladite notion ¹⁸.

En prenant comme base ce qui précède, Conti définit le crime comme un acte socialement dangereux, contraire au droit, commis par un individu relativement normal dont les mobiles sont illégaux.

Cette théorie se rapproche de celle de Ferri. Nous renvoyons donc au développement fait ci-dessus.

4. *Fioretti*, adepte de l'école positive et inspiré par les idées de Ferri relatives aux mobiles de l'acte, idées que celui-ci exposa pour la première fois dans son ouvrage intitulé « *Teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio* » ¹⁹, en est arrivé à proposer, dans son étude « *I motivi coscienti dell'azione come criterio assoluto della imputabilità* » ²⁰ que les mobiles — qu'il considère toujours comme étant conscients — constituent le critère unique de l'imputabilité (« imputabilità ») dans le cadre général d'un système pénal qui serait fondé sur le danger représenté par le criminel et qui entraînerait des sanctions proportionnelles à ce danger.

¹⁶ V. *infra*, pp. 114 ss.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 265.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 265.

¹⁹ Publié en 1878, 2^e partie.

²⁰ In Archivio di psicologia e antropologia criminale, 1886, p. 234. — L'auteur brésilien VERGARA, dans son étude : *Los motivos determinantes no direito penal in Direito applicado* (Rio de Janeiro, 1937, pp. 630 ss.) admet, dans les grandes lignes, les mêmes opinions que Fioretti.

Ferri lui-même déclare, dans son ouvrage intitulé « diritto criminale »²¹, que Fioretti s'est mépris sur son idée et que l'imputabilité dépend exclusivement du fait de l'exécution (volontaire) de l'acte, « cependant que les mobiles ne constitueraient que l'un des critères sur la base desquels on déterminerait le danger, en vue d'appliquer des sanctions à l'auteur du crime ».

5. *Florian* est l'un des pénalistes italiens qui a le plus étudié la question des mobiles (tant du point de vue général que de celui de problèmes spéciaux²²) et l'un de ceux qui l'ont le mieux pénétrée du point de vue du droit pénal.

Cet auteur fait la distinction entre but (*fine*) et mobile (*motivo*), et distingue encore le but direct du but indirect ou lointain.

Il considère les mobiles et le but comme étrangers à la notion de dol²³, à l'exception des cas spéciaux pour lesquels la loi requiert un but direct précis ou un mobile précis comme un élément constitutif de certains délits, ou comme un élément distinctif de délits apparentés ou, enfin, comme un élément d'une forme atténuée ou aggravée d'un délit quelconque.

Il considère que ce but particulier que la loi requiert parfois en tant qu'élément constitutif du crime ne constitue pas un élément susceptible d'éclairer de façon plus substantielle et plus profonde l'âme du criminel : Ce *but direct* détermine simplement et de façon plus particulière la volition de l'auteur²⁴. Ce sont en réalité les mobiles qui constituent un sérieux élément servant au diagnostic de la personnalité du criminel et à la détermination du degré de danger qu'il représente. C'est la raison pour laquelle ils doivent *toujours* être examinés non pas en tant qu'éléments constitutifs du crime, mais

²¹ 1928, p. 317.

²² Cf. *Trattato di diritto penale* d'Altavilla, Florian etc., parte generale, t. I, par E. FLORIAN, 3^e éd., 1926, pp. 414 ss., notamment pp. 417 s. et 425 ss. ; du même auteur, *La teoria psicologica della diffamazione*, Torino 1893, 2^e éd., 1927 ; du même auteur, *I motivi determinanti e la legittima difesa*, in Sc. Pos., t. IV, 1894, p. 150 ; du même auteur, *La funzione dei motivi propri dell'esecutore nella responsabilità dell'istigatore*, in Sc. Pos., V, p. 54 ; id., *La statistica dei motivi determinanti al reato*, in Sc. Pos., V, p. 107 ; id., *Une étude comparative de la notion de mobiles dans la législation pénale de plusieurs pays*, in Archivio giuridico, 1896, t. LVI.

²³ *Trattato, op. cit.*, p. 417.

²⁴ *Op. cit.*, pp. 425-426.

comme moyen propre à évaluer le degré d'immoralité de l'acte ainsi que le danger représenté par son auteur ²⁵.

Il résume sa doctrine en quatre points ²⁶ :

1° On doit toujours rechercher les mobiles du crime (quoique cette recherche ne se fasse pas toujours dans le même dessein).

2° Les mobiles sont des éléments constitutifs de certains délits ou crimes. Dans les autres cas, ils contribuent, en tant que critères de base, à la constatation et à l'évaluation du degré de danger représenté par le criminel.

3° La nature du mobile joue un rôle particulier dans le choix de la sanction la plus appropriée au criminel, c'est-à-dire dans l'individualisation de son traitement.

4° Lorsque le mobile est tel qu'aucune trace de périculosité ne peut en résulter, on pourra ne pas appliquer de sanction, quelle qu'elle soit (peine ou mesure de sûreté), si aucune autre raison ne s'y oppose.

6. E. Contieri estime, dans l'étude spéciale qu'il a consacrée « au but de l'auteur du crime » ²⁷, que la distinction établie entre les deux notions de mobile et de but n'a aucune importance du point de vue juridique. Pour lui, les notions de but et de mobile se confondent ²⁸.

7. Manzini ²⁹, qui appartient à l'école de droit pénal dite éclectique ou « terza scuola », soutient que lorsque un individu quelconque en est arrivé au crime, il importe peu de connaître ses mobiles, puisque l'accomplissement volontaire du crime constitue la preuve de l'existence chez l'auteur d'un état de rébellion (« ribellione ») contre la

²⁵ Selon FLORIAN, *op. cit.*, p. 429, la contribution fondamentale de l'école positive italienne à ce sujet, due notamment à l'initiative de Ferri, réside précisément dans le fait qu'elle met l'accent sur l'importance qu'il y a de prendre toujours en considération les mobiles (afin d'éclairer la personnalité du criminel) — au-delà et indépendamment des cas particuliers où la loi pénale consacre ces derniers en tant qu'éléments constitutifs d'un type de délit.

²⁶ *Op. cit.*, p. 428.

²⁷ *Sullo scopo dell'autore del reato*, Casa editrice meridionale, Biblioteca giuridica Tesauro, p. 11.

²⁸ Les auteurs italiens suivants, qui n'ont pas étudié la question d'une façon particulière, donnent une signification unique aux deux termes : MAGGIORE, *Dir. penale*, 1932, t. I, p. 237 ; CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, pp. 137 et 186.

²⁹ *Trattato di dir. penale italiano*, 2^e éd., t. I, n° 250. Cet ouvrage ne traite pas particulièrement de la question. Nous ne le citons que pour l'intérêt que présentent ses arguments.

discipline sociale. Il est évident que cette façon de poser le problème est erronée. L'auteur se fonde sur deux points : premièrement la recherche des mobiles dans le domaine pénal est pratiquement impossible et deuxièmement celle-ci représenterait une exigence de la part du droit que la morale même ne réclame pas. Ces deux points sont également faux. En effet, tous les éléments subjectifs du délit sont des notions subtiles, difficilement vérifiables, étant donné qu'elles n'affectent pas nos sens ; la loi en exige néanmoins la vérification. Prenons un exemple : la nuance existant entre le dol éventuel et la négligence, que pourtant la loi suppose, est, à notre avis, aussi subtile et difficile à constater qu'il est délicat de déterminer les mobiles de l'acte (notamment les mobiles profonds, plus difficiles à diagnostiquer, car, lorsqu'ils s'agit de mobiles conscients, les constater est en général plus facile). D'ailleurs l'examen soit du mobile, soit de la disposition psychique, soit du but était imposé depuis longtemps et par tous les codes, notamment par certaines dispositions de la partie spéciale, qui requéraient, pour l'établissement de la structure juridique de certains délits, un de ces éléments psychiques³⁰. Ce n'est que plus tard que l'examen des mobiles a été introduit dans la partie générale de certains codes pénaux, soit en vue de la fixation de toute peine, soit comme circonstance aggravante ou atténuante.

Contre le deuxième point, selon lequel la morale même n'a rien à voir avec les mobiles, on ne peut que s'inscrire en faux. Nous estimons en effet que, selon le sentiment moral commun, les divers mobiles confèrent une coloration morale toute différente à un seul et même acte.

Notre auteur admet cependant³¹ comme base de l'imputabilité « la sensibilité (« suscettibilità ») aux mobiles » (quoiqu'il accepte, en tant que base première de la volonté, la liberté, dont il faut tenir compte juridiquement).

C'est ainsi que, selon lui, les mobiles suscitent la volonté qui existe (et par conséquent l'imputabilité) précisément lorsque ceux-ci fonctionnent normalement. Il n'a donc pu, de ce fait, ignorer la notion de mobile.

8. Dans son ouvrage intitulé la *Teoria soggettiva del reato*³², Altavilla fait la distinction entre but et mobile. Cependant il soutient par la suite que, bien que le but se situe hors du criminel, il devient

³⁰ Cf. à ce sujet *infra*, pp. 255 ss.

³¹ *Trattato di diritto penale italiano*, 1941, t. I, §§ 242 et 245, pp. 611 et 619.

³² Napoli, 1933, chap. V : *L'elemento psicologico del reato*, pp. 121 ss.

cependant un phénomène intérieur, puisqu'il inspire son acte ; il devient par conséquent un mobile. Ainsi les limites séparant les deux notions sont-elles peu claires. L'auteur a pourtant fait, quelques années plus tard dans sa *Psicologia giudiziaria* ³³, la distinction nette entre mobile et but. Le mobile est, selon lui, le mouvement interne qui déclenche la volition ; le but est l'avantage que l'on espère retirer de l'acte.

Altavilla fait quelques remarques très intéressantes au sujet des mobiles :

1. Le but n'est pas séparé des mobiles dans le processus de la psychogénèse de l'acte, lequel est unique ; il est néanmoins possible de se figurer la décomposition (« scomporre ») du phénomène psychologique aboutissant à la décision criminelle ³⁴.

2. Le même mobile ou le même but peuvent être rencontrés chez des personnalités différentes, mais le mécanisme interne de l'acte diffère totalement d'un individu à l'autre.

Ainsi, le même affront peut provoquer comme réaction la vengeance d'un criminel dispositionnel ou d'un criminel occasionnel ³⁵.

3. Le criminel dispositionnel, comme il résulte de l'examen approfondi du mobile de l'acte, a lui-même contribué à la naissance de ce mobile. Ce n'est pas le stimulus externe qui crée le mobile, mais une nécessité organique (ou, plus exactement, interne, à notre avis) qui oriente (« polarizza ») l'activité vers un fait déterminé. Au contraire, chez le criminel occasionnel, ce sont les causes exogènes qui jouent le rôle principal dans la détermination des mobiles de l'acte. Selon Altavilla, le criminel occasionnel est victime de circonstances extérieures exceptionnelles, de sorte que son acte se trouve en contradiction avec sa personnalité ³⁶.

4. Le danger révélé est d'autant plus grand que le crime s'adapte mieux à la personnalité mentale et morale de l'auteur ³⁷.

³³ Cf. *Psychologie judiciaire*, traduction française de la 2^e édition italienne établie par Th. Béraud et R. Béraud, 1955, p. 60.

³⁴ *La teoria sogg. del reato*, p. 121.

³⁵ *La teoria sogg. del reato*, p. 124.

³⁶ *La teoria sogg. del reato*, p. 124.

³⁷ *La teoria sogg. del reato*, p. 92. Cf. aussi *infra*, prem. p., chap. III, n° 10.

9. *Malinverni*, qui a traité cette question³⁸, fait la distinction entre mobiles, but final et buts intermédiaires, ces derniers constituant un moyen d'atteindre le but final. Il souligne avec raison le caractère affectif des mobiles (conscients ou inconscients) et la nature cognitive (noétique) des buts³⁹. Il considère cependant que les buts intermédiaires ont également une coloration affective, alors que pour lui la couleur affective est propre au mobile, lequel préexiste toujours. L'auteur jette ainsi une certaine confusion dans la distinction de ces notions. Dans des études plus récentes, il appelle les mobiles ou causes psychiques dans le sens large du terme du nom de « motivi » ; or pour lui ce mot désigne aussi bien le mobile proprement dit (« movente ») que les buts⁴⁰.

Il admet la remarque de Deiana⁴¹ pour qui le but constitue la partie noétique, cognitive du mobile⁴². Nous ne croyons pas que la remarque soit absolument exacte, parce qu'il existe des cas de mobiles sans partie cognitive (noétique) consciente, comme il existe des cas où le mobile conscient (c'est-à-dire contenant également un élément noétique) est simplement un mobile putatif.

Il serait donc plus exact, selon nous, de dire que le but (final) coïncide avec la partie noétique du *mobile conscient, réel ou putatif*.

L'auteur fait ressortir le fait que les sentiments proviennent des instincts qui constituent la source d'où jaillissent tous les autres phé-

³⁸ V. notamment : *Scopo e movente nel diritto penale*, 1945, 2^e éd., 1955 ; l'étude *I moventi a delinquere*, in *Studi in memoria di F. Grisignini*, 1956, pp. 269 ss. ; enfin l'article intitulé *Motivi a delinquere*, in *Digesto italiano*, X, pp. 961 ss.

³⁹ Cf. *Scopo e movente*, § 26, *Digesto X*, p. 963. ANTOLISEI, lui aussi, établit avec justesse la distinction entre mobiles et but, cf. *Manuale*, 1952, p. 232. GRISIGNINI, lui, dans son ouvrage, *Dir. penale italiano*, 1950, t. I, pp. 219 s., soutient que les mobiles peuvent être interprétés dans le sens large ou restreint du terme. Dans le sens large du mot ceux-ci sont synonymes de *cause psychique* et comprennent indistinctement tout état psychique ou activité qui sont à l'origine de chaque crime, tels l'orgueil, l'égoïsme, la mélancolie profonde, etc. Dans le sens restreint du terme, ils signifient le but auquel visait l'auteur lors de l'accomplissement de l'acte. C'est ainsi qu'il considère les mobiles comme un phénomène noétique, cognitif, *distinct de l'affectivité* (émotions, passions) ; cette opinion est erronée. Cependant, le même auteur signale que la représentation s'accompagne, en règle générale, d'un certain sentiment (plaisir ou tristesse) qui constitue une incitation à l'action. Cette dernière constatation aurait dû éclairer la notion exacte de mobile, qui est, contrairement à ce que soutient GRISIGNINI, un sentiment (dans le sens large du mot, c'est-à-dire comprenant également les passions, les émotions et même les tendances pulsionnelles ou caractérielles), mais qui n'est pas nécessairement accompagné d'un élément noétique conscient.

⁴⁰ *Motivi a delinquere*, in *Digesto*, X, p. 963.

⁴¹ *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, p. 13.

⁴² PIACENZA partage également cette opinion in *Saggio di un' indagine sul dolo specifico*, Torino, 1943, p. 14 ainsi qu'ANTOLISEI in *Manuale*, p. 232.

nomènes psychiques appartenant à un plan évolutif supérieur. Parmi ces derniers, l'affectivité (« affettività »), dans le sens large du mot, est celui qui est en relation immédiate avec les instincts ⁴³.

B) DOCTRINE ALLEMANDE.

1. A. Krauss est parmi les premiers pénalistes allemands qui se soient intéressés à la question, mais aussi l'un de ceux qui ont le plus profondément étudié la notion de mobile du point de vue psychologique. Dans son ouvrage intitulé « *Die Psychologie des Verbrechens* » ⁴⁴, il divise les conditions causales du crime (« *ursächlichen Bedingungen des Verbrechens* ») en causes générales, en causes individuelles (c'est-à-dire découlant de la disposition criminelle) et en mobiles, la cause dernière du crime.

Sans en préciser complètement le sens, en particulier quant à leur relation au but et au motif dernier, il accorde aux mobiles un sens large, puisqu'il admet que, dans plusieurs cas, l'auteur lui-même ignore le mobile de son acte. Il admet qu'un acte a plusieurs mobiles, dont la combinaison est le mobile réel ⁴⁵. Il affirme ensuite ⁴⁶ que si nous relions par un fil l'acte du criminel au centre de son caractère, nous nous tromperons rarement dans la détermination du mobile. En d'autres termes, le mobile constitue le point intermédiaire entre le caractère et la décision criminelle : il prend sa source dans le caractère, est provoqué par des stimuli externes qui s'exercent un certain moment sur lui et finit par conduire au crime.

Il divise les mobiles en deux catégories fondamentales : ceux qui résultent d'une surprise, d'une pression externe (« *Ueberraschung* ») et ceux qui proviennent d'un égoïsme cruel. Il considère les seconds comme étant plus graves que les premiers.

2. Fr. v. Liszt compte parmi les pénalistes allemands qui ont étudié d'une façon toute particulière l'importance des mobiles et plus encore celle de la disposition subjective (« *Gesinnung* ») pour juger de la gravité de l'acte et de la politique anticriminelle applicable dans chaque cas.

Fr. v. Liszt divise les mobiles en mobiles sociaux et antisociaux. Il considérerait la notion de mobile comme peu claire et surtout diffi-

⁴³ MALINVERNI, *Scopo e movente*, par. 26.

⁴⁴ Tübingen, 1884.

⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 211-214.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 214.

cile à distinguer du but (« Zweck ») et de la disposition subjective ou mentalité (« Gesinnung »)⁴⁷. Par la suite⁴⁸ cependant, il estima que cette notion avait été précisée et définit les mobiles comme « la représentation du sentiment agréable que l'on attend de l'acte (« Lustgefühl »), représentation qui influe sur la volonté ». C'est ainsi qu'il considère aussi l'élément noétique (représentation) comme indispensable ou plutôt comme l'élément principal de la notion de mobile ; quoi qu'il en soit, il fait également ressortir le fait que le sentiment est indispensable. Par ailleurs, il donne à tort le même sens à « Beweggrund » (motif) et à « Absicht » (but direct)⁴⁹.

Dans la même étude, v. Liszt classe les mobiles en huit groupes selon leur contenu psychologique. Mais il constate ensuite que cette classification ne peut servir de critère pour l'application judiciaire de la peine ; le critère juste serait la « rechtliche (= soziale) Gesinnung » du criminel et la redoutabilité plus ou moins grande qu'il présente. Selon ce critère, il distingue donc parmi les criminels les « Augenblicksverbrecher » et les « Zustandsverbrecher » (occasionnels et dispositionnels). C'est en tenant compte de cette distinction que des peines différentes doivent être appliquées⁵⁰.

Ce n'est donc pas le mobile qui est la base psychologique de la politique criminelle de v. Liszt, mais la disposition criminelle, notion différente mais apparentée à celle de mobile⁵¹. Il justifie cette opinion comme suit.

V. Liszt considère le mobile (« Motiv ») comme un élément inséparable de l'acte. Il ne saurait exister d'acte sans mobile. Ce mobile provenant, en dernière analyse, du monde extérieur constitue l'un des facteurs de l'activité volontaire⁵². L'autre facteur est la constitution propre (« Eigenart ») de celui qui agit. Il inclut dans ce terme l'intel-

⁴⁷ *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, in ZStW. XVI, pp. 477 ss.

⁴⁸ V. *Gutachten für den 26. deutschen Juristentag* (1902), t. I, p. 282.

⁴⁹ Cf. *infra*, pp. 103 ss. Cf. aussi WUNDT, *Grundriss der Psychologie*, 1914, p. 222. Celui-ci considère, comme nous l'avons déjà dit, que « Beweggrund » est la représentation contenue dans le mobile, tandis qu'il nomme sa couleur pulsio-affective « Triebfeder ».

⁵⁰ V. *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, loc. cit., pp. 496-499.

⁵¹ Il critique donc, dans cet article, l'AP STOOS le quel, au lieu de la mentalité, tient compte des mobiles et notamment de leur nuance morale.

⁵² V. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927, p. 152. Sa définition du mobile est analogue : c'est, accompagnée de sentiments agréables, la représentation de la mutation provoquée dans le monde extérieur par l'acte volontaire.

lect, le sentiment et la volition qui forment la disposition psychique constante (« *Gesinnung* »), en partie congénitale, en partie acquise. C'est de cette dernière que provient la manière personnelle de réagir à chaque circonstance. C'est elle donc qui est la notion vraiment importante pour connaître et évaluer la personnalité du criminel ; par conséquent, c'est la « *Gesinnung* », en tant qu'indice principal de la redoutabilité qu'il préconise comme fondement du système pénal, en dehors de toute considération morale.

3. *Oscar Kraus*⁵³ établit la distinction entre mobile et but, cependant qu'il considère comme nécessaire que les mobiles soient pris en considération en droit pénal, afin de donner à celui-ci des bases psychologiques et morales. Il pose donc comme principe fondamental que la peine doit être proportionnée au mal objectif (préjudice), mais qu'elle doit être augmentée de façon directement proportionnelle à l'immoralité du désir incitateur (« *mit der Grösse der subjektiven Unsittlichkeit der motivierenden Begierde* »). Contrairement à Liszt, il admet l'aspect moral du mobile comme l'un des deux critères dont on doit tenir compte pour la fixation judiciaire de la peine.

4. *Meissner*⁵⁴ considère comme mobiles la représentation accompagnée de sentiments qui a déterminé la volonté⁵⁵. Cette représentation pourrait coïncider avec celle du but ou en être différente. C'est ainsi que l'auteur sent qu'il y a une différence entre les mobiles et le but, mais il ne la précise pas. Il semble fonder cette différence sur l'existence ou l'absence de la représentation, alors que c'est la représentation qui justement coïncide dans ces deux notions (lorsqu'il s'agit d'un mobile *conscient* et du but *final*). Mais la représentation existant dans les mobiles diffère toujours de la représentation du but intermédiaire ou direct de l'acte⁵⁶.

Puis, lorsqu'il étudie le mécanisme de la volonté, il nie complètement la liberté de celle-ci : il accepte que ce soit nécessairement un mobile déterminé qui puisse naître d'une certaine personnalité sous l'effet d'un stimulus externe concret. C'est pourquoi il estime que les mobiles ne sont pas susceptibles d'être jugés par rapport à leur

⁵³ *Das Motiv zur psychologisch-ethischen Grundlegung des Strafrechts*, in ZStW. XVII, pp. 467 ss.

⁵⁴ *Motiv und Gesinnung im Strafrecht*, Strasbourg, 1902.

⁵⁵ La définition se fonde sur celle de WUNDT, *Grundriss der Psychologie*, op. cit., p. 218 (v. supra, p. 15).

⁵⁶ Op. cit., p. 35.

valeur. Aucun mobile ne saurait être, à proprement parler, bon ou mauvais ⁵⁷.

Un jugement de valeur peut seulement intervenir pour la « *Gesinnung* » qu'il définit comme étant la constitution psychique propre de l'individu (« *psychische Eigenart* »). Celle-ci est bonne ou mauvaise, morale ou immorale ⁵⁸. La relation qui existe entre elle et les mobiles est la suivante : plus les mobiles du crime sont faibles, plus celle-ci est immorale et inversement ⁵⁹. Ainsi, on doit tenir compte lors de l'application de la peine de la disposition psychique (ou plutôt, selon l'auteur, de la personnalité, de la constitution psychique) et non des mobiles.

Il est exact en effet de tenir compte de la personnalité et notamment de la disposition criminelle lors de l'application de la peine, mais il n'en est pas moins vrai que les mobiles constituent des éléments permettant de poser le diagnostic de la personnalité et de la disposition criminelle. Or c'est en tant que tels précisément qu'ils ont de l'importance. Celle-ci réside en effet, d'une part dans leur valeur morale, d'autre part dans le degré d'harmonie où ils se trouvent avec la personnalité globale de l'auteur. C'est-à-dire que la remarque de Meissner, pour qui la personnalité est d'autant plus immorale que les mobiles sont plus faibles, n'est valable que pour les mobiles dus à des facteurs exogènes. L'inverse est valable pour les mobiles dus à des facteurs endogènes ⁶⁰.

Puis, conformément aux théories ayant alors cours en psychologie, il estime que tout le processus de volition se déroule dans le conscient ⁶¹. Pour cela il se fonde sur le principe de Wundt ⁶², selon lequel « la représentation inconsciente » est quelque chose d'inadmissible pour la logique, puisque le seul contenu de la conscience est fait de représentations. Cela est parfaitement exact ⁶³, mais ne signifie pas qu'il n'existe pas d'inconscient, siège de forces pulsionnelles et affectives où le processus de volition prend sa source ⁶⁴.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 40.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 49.

⁵⁹ *Op. cit.*, pp. 42, 50, 51, 58. E.M. MAYER admet à peu près la même chose, lui aussi, dans son ouvrage intitulé *Die schuldhafte Handlung und ihre Arten*, p. 184.

⁶⁰ Cf. chap. suivant n° 5-10, et la sec. p., sect. A, pp. 164 s.

⁶¹ *Op. cit.*, pp. 9 et 45.

⁶² WUNDT, *Vorlesung über die Menschen- und Thierseele*, I, p. 322.

⁶³ Cf. *infra* notre critique des opinions de Kern.

⁶⁴ Cf. *supra* l'analyse détaillée, chap. I, surtout, pp. 22, 32 ss., 44 ss.

5. Dans son étude intitulée « Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs »⁶⁵, *Andreas Thomsen* définit les mobiles⁶⁶ comme étant la chaîne complète des instincts et des pulsions (« Triebe »), des particularités du caractère et des buts (« Absichten »), qui conduit l'auteur au crime concret. Il les divise en : 1) mobiles initiaux (« Urmotive ») — entendant par là les tendances pulsionnelles, les instincts (Triebe), ainsi que les particularités caractérielles de l'auteur — et 2) mobiles intermédiaires, qu'il subdivise en mobiles psychiques, en l'intention tendant à la satisfaction des mobiles initiaux et en mobiles réels (real), ou intention tendant aux résultats matériels.

Thomsen soutient que nous ne nous trouvons jamais en présence d'un seul mobile, même dans le processus de volition le plus simple, mais toujours devant une chaîne de mobiles⁶⁷.

Il est évident que l'auteur a mêlé à la notion de mobile les notions de but, d'intention, de « Gesinnung » (disposition subjective) et de caractère, en ne précisant pas quelles sont les différences notionnelles qui les séparent.

Cette définition appelle les remarques suivantes :

1) Elle comprend des phénomènes psychiques d'où découlent les mobiles proprement dits, soit des particularités caractérielles, dispositions, etc. ; ces phénomènes toutefois sont susceptibles d'être considérées comme des mobiles au sens large du mot⁶⁸ ou, plus précisément, comme des causes psychiques.

2) Elle comprend également les buts ou « Absichten ». Si nous attribuons au terme « Absicht » le sens consacré de but direct ou intermédiaire, il s'agit d'une notion étrangère à la notion de mobiles⁶⁹. Cependant, même si nous attribuons à « Absicht » le sens large de toute espèce de but, l'auteur ne fait guère de distinctions, ni pour en exclure le but direct ni pour distinguer le but final des mobiles proprement dits.

3) Il semble en outre ne pas inclure dans la notion de mobile *les mobiles proprement dits*, c'est-à-dire les phénomènes psychiques

⁶⁵ München, Beck, 1902.

⁶⁶ *Op. cit.*, pp. 246 ss. à mettre en rapport avec la page 257.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 248.

⁶⁸ Cf. *supra*, pp. 19 s., *infra*, p. 84, remarques sur les opinions de Friedrich.

⁶⁹ C'est ce qu'admettent également les auteurs qui incluent le but (final) dans la notion de mobile. Cf. NEUMEYER, *op. cit.*, p. 42.

de nature affective, qui proviennent de particularités caractérielles, de pulsions, d'humeurs, etc., et qui ne coïncident avec les buts que sur le plan du contenu *noétique* (représentation).

4) Enfin, la distinction faite entre mobiles psychiques et mobiles réels ne correspond pas à une différence effective ⁷⁰. A moins que par cette distinction l'auteur ne cherche à rendre, de façon certes imparfaite et imprécise, la différence, qu'il ressent peut-être mais n'éclaircit guère, entre les mobiles (« mobiles psychiques ») et le but (« mobiles réels »).

6. *Fritz van Calker* ⁷¹ définit le mobile comme étant « la représentation du but recherché, laquelle, en raison de sa nuance affective, influe sur la volonté ». Par cette définition il semble considérer le mobile comme étant toujours conscient et ne pas le distinguer du but de façon nette. Il le distingue cependant avec précision de la « *Gesinnung* » : celle-ci est en effet une disposition subjective, c'est-à-dire, selon l'auteur, l'ensemble des mobiles qui ordinairement sont décisifs chez un individu déterminé pour l'activation et l'orientation de sa volonté. En d'autres termes, il désigne par « *Gesinnung* » l'orientation relativement constante de la volonté de chaque individu dans un champ concret de l'activité.

7. La définition que donne *Friedrich*, dans une monographie consacrée à la question des mobiles, est tautologique et superficielle du point de vue psychologique ; elle rend bien cependant le sens de mobile du point de vue juridique ⁷². Il définit le mobile (*Motiv*) comme étant « un effort psychique (*Strebung*) doté d'une force incitatrice (*Motivationskraft*) qui motive, par le moyen d'un processus de volition (*Willensvorgang*) une activité volitionnelle, produisant un résultat d'importance juridique » ⁷³.

Puis il divise les causes psychiques, en causes psychiques au sens large du terme et en causes décisives (*ausschlaggebende*) ⁷⁴. Il entend par causes psychiques les activités psychiques (efforts, *Strebungen*) qui poussent à l'accomplissement d'une action intéressant le droit.

⁷⁰ Cf. NEUMEYER, *op. cit.*, p. 47.

⁷¹ V. in *Vergleichende Darstellung des deutsch. und ausl. Strafrechts*, Berlin, 1908, t. III, pp. 173-188, à propos de l'interprétation du § 20 du C.P. All. Cf. aussi du même auteur, *Strafrecht und Ethik*, Leipzig, 1897, pp. 23 ss. et 50.

⁷² FRIEDRICH, *Die Bestrafung der Motive und die Motive der Bestrafung*, Berlin, 1910.

⁷³ *Op. cit.*, p. 145.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 81.

Les mobiles décisifs donnant naissance à la motion sont, selon l'auteur, des incitations psychiques qui, par le moyen d'une action intéressant la loi, visent à l'obtention d'un résultat naturel ou psychique quelconque (résultat de cette activité).

Nous estimons que ces définitions peuvent se réduire à deux termes dont chacun aurait une nuance notionnelle différente : celui de *causes psychiques*, au sens large du mot, et celui de *mobiles proprement dits*⁷⁵. La première expression désignerait alors toutes les particularités caractérielles, les instincts, les dispositions, etc., tandis que la seconde ne comprendrait que les mobiles proprement dits, lesquels tirent leur origine des particularités caractérielles, des instincts, des dispositions, etc. et conduisent à un acte concret quelconque. Quoique l'auteur ne donne pas cette explication, nous sommes néanmoins persuadée que cette interprétation est corroborée par les lignes suivantes que nous tirons de son étude⁷⁶ : « Les possibilités inhérentes aux particularités de caractère (héréditaires ou acquises), aux instincts, à la disposition psychique (« *Gesinnung* »), doivent être examinées et constatées de cas en cas. » En d'autres termes, lesdites particularités psychiques peuvent dans un cas donner naissance à un mobile quelconque et dans un autre n'en provoquer aucun. Il résulterait indirectement de cela que les mobiles *proprement dits* sont dus aux particularités susmentionnées, sans être pour autant ces particularités elles-mêmes ; ces dernières cependant, comme nous l'avons admis, pourraient être comprises dans les mobiles au sens large du terme, qui serait alors synonyme de causes psychiques⁷⁷.

8. Le mobile de l'acte punissable et son utilisation en droit pénal a fait l'objet d'une étude particulière de *Neumeyer*⁷⁸.

Voici la définition qu'il donne du mobile : « le mobile est la force pulsionnelle (« *Triebkraft* ») d'une particularité caractérielle déterminée qui donne naissance à certaines représentations et à certains sentiments, lesquels s'orientent tous vers la satisfaction de désirs suscités par cette particularité, provoquant ainsi un acte volontaire

⁷⁵ En grec la terminologie relative à ce sujet (identique en grec ancien et en grec moderne) serait peut-être plus claire : on parle, dans le premier cas, de « *ψυχικά αίτια* » dans le second de « *κινούντα αίτια* » ou de « *ώθητικά αίτια* ».

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 71.

⁷⁷ Cf. *supra*, p. 19 et *infra*, pp. 118 s.

⁷⁸ Cf. NEUMEYER, *Das Motiv der Straftat und seine strafgesetzliche Verwendung*, thèse, München, 1950.

qui vise à la satisfaction de ce désir ». Cette définition pourrait être formulée d'une façon plus succincte : « le mobile est la force motrice concrétisée d'une qualité caractérielle » ⁷⁹.

Il donne donc au terme de mobile un sens particulièrement large, puisqu'il fait entrer dans sa définition les particularités caractérielles initiales, les tendances motrices qui en découlent, les représentations, les sentiments et le but *final* (« der Endzweck » et non pas « die Absicht »), autant d'éléments qui incitent à accomplir un certain acte ⁸⁰. Cet auteur attribue aux particularités caractérielles le rôle principal dans la genèse d'un mobile ⁸¹. Il fait toutefois observer à juste titre que les causes psychiques générales doivent être complétées par les causes psychiques dans le sens étroit du terme (« die Ergänzungsfaktoren ») ⁸².

Il constate ensuite que le mobile est, d'une part, le produit des particularités personnelles, d'autre part, celui des sentiments et des représentations ⁸³. Nous ne croyons pas cependant qu'il insiste suffisamment sur l'essence affective du mobile ⁸⁴ ni qu'il explique la nature de la « force motrice » (« Triebkraft ») qui, selon sa définition, constitue le mobile et provient d'une certaine particularité personnelle (« Eigenschaft »). Ce n'est qu'en expliquant que le mobile est un phénomène affectif que nous arriverons à en préciser la nature et à comprendre la faculté qu'il a de provoquer un mouvement psychique, d'inciter à accomplir un acte. Sinon, nous aboutirons à une simple tautologie (le mobile est la force mouvant vers..., etc.).

9. *Welzel* considère non seulement la fin-intention ordinaire comme appartenant au « subjektiver Tatbestand », et plus particulièrement à l'illicéité ou tort, « Unrecht », (selon sa théorie finaliste de l'acte) ⁸⁵, mais encore les éléments subjectifs spéciaux que la loi requiert comme

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 40, a.

⁸⁰ Cf. en particulier pp. 32 ss.

⁸¹ Cf. en particulier p. 31. Neumeyer n'examine pas de façon approfondie les particularités personnelles (caractérielles), les pulsions et les « Triebkräfte », c'est-à-dire les mobiles profonds (au sens large). Il s'agit certes d'un ouvrage de droit pénal, dont l'objet principal est l'étude des délits contenus dans le C.P. All. qui comprennent certains mobiles au nombre de leurs éléments constitutifs ; l'ouvrage est néanmoins consacré pour moitié à l'examen psychologique de la question (49 pages sur 101).

⁸² *Op. cit.*, pp. 42 s.

⁸³ V. p. 37.

⁸⁴ Cf. début de la page 37, § III. C'est dans ce passage qu'il prétend que les représentations ou sentiments (« Gefühle ») sont nécessaires de façon disjonctive pour qu'il y ait mobile.

⁸⁵ Cf. à ce sujet *infra*, pp. 105 ss.

éléments constitutifs pour l'établissement de certains délits, nommés « subjektive Unrechtselemente », ou, pour reprendre la terminologie de Welzel, « subjektivtäterschaftliche Elemente »⁸⁶.

Il range cependant l'ensemble des circonstances extérieures et intérieures qui provoquent la décision d'accomplir un acte criminel quelconque (au nombre desquelles il faut mettre les mobiles et le but final) dans le domaine du *blâme moral* ou « reprochabilité » (« Unwerturteilsvorwurf »). Il cite, à titre d'exemple, le cas du caissier qui vole de l'argent pour pouvoir accomplir un voyage d'agrément en compagnie de sa maîtresse ou pour assurer le séjour de son épouse tuberculeuse dans un sanatorium. Welzel prétend que cette différence de « circonstances » (il convient de noter qu'il n'appelle pas de tels faits « mobiles » ou « but final », mais simplement « circonstances ») a une importance considérable pour le blâme contenu dans le dol⁸⁷, pour le degré de « reprochabilité » d'un acte.

Welzel constate un vide dogmatique entre la notion de culpabilité telle que l'opinion courante la conçoit et la notion de culpabilité considérée comme fondement et mesure de la peine. Car, tandis que l'on entend par culpabilité le dol et la négligence (ou imprudence), pour l'application de la peine on tient soudain compte d'éléments situés au-delà du dol ou de la négligence (tels les mobiles, comme c'est le cas dans l'exemple cité plus haut).

Nous estimons que cette remarque n'a pas d'intérêt pratique : en effet, ce qui importe à notre sujet, c'est que la loi précise — en particulier par des dispositions prévues dans la partie générale du Code Pénal, à propos notamment de l'application judiciaire de la peine — tous les éléments dont il faudra tenir compte pour éclairer la personnalité de l'auteur et qui donneront sa coloration morale à l'acte concret⁸⁸. Quant au côté dogmatique, on pourrait répondre de façon sommaire que la culpabilité comporte trois éléments : la capacité mentale, le dol ou la négligence et le blâme moral (ou faute au sens étroit ou « reprochabilité ») ; c'est sur ce dernier élément qu'influent les mobiles⁸⁹.

10. *Maurach* considère les mobiles soit comme des éléments subjectifs du « Tatbestand » (ou structure juridique d'un délit), soit comme des éléments situés hors du « Tatbestand », utiles pour l'appli-

⁸⁶ WELZEL, *Das d. Strafr., eine systematische Darstellung*, 1969, pp. 77 ss.

⁸⁷ Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 1961, 4^e éd., pp. 60 et 61.

⁸⁸ Cf. à ce sujet WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1959, 1^{re} partie, § 3.

⁸⁹ Cf. sur ce sujet *infra*, pp. 112 s.

cation judiciaire de la peine. Il distingue trois groupes d'éléments subjectifs du Tatbestand (« subjektive Tatbestandsmerkmale »), au-delà de la culpabilité ordinaire (dol ou négligence)⁹⁰, qui sont : 1) les éléments *exclusivement subjectifs*, c'est-à-dire les buts directs et les tendances spéciales (« besondere Absichten und Tendenzen ») tels ceux mentionnés aux paragraphes 133 et 169 du C.P. All. ; 2) les *mobiles* (« Motive ») également subjectifs (« par intérêt personnel », « par cupidité », « par méchanceté ») ; 3) les *éléments objectifs* où il s'agit de « Gesinnungsmerkmale » ou *dolus qualificatus*, par exemple dans les délits des §§ du C.P. All. : 223 b « traitement dur » (Miss-handlung) ; 211, accompli « avec cruauté (grausam) ou perfidie (heimtückisch) », etc. Il s'agit dans ces cas de qualifications du mode d'agir.

En ce qui concerne l'application judiciaire de la peine, au sujet de laquelle il n'existait d'ailleurs aucune disposition spéciale dans la partie générale du C.P. All. jusqu'en 1970,⁹¹ Maurach cite simplement les mobiles comme la première catégorie d'éléments qui ont trait à la personnalité et que la loi prévoit pour la fixation de la peine, sans procéder à une analyse particulière⁹². Il examine la question de plus près lorsqu'il interprète le § 211 du C.P. All. (assassinat — « Mord »)⁹³. Ce paragraphe requiert pour l'établissement du « Mord » (la forme la plus grave d'homicide) certains éléments subjectifs additionnels (au-delà du dol ordinaire) ou certains éléments objectifs additionnels, tous cités de façon disjonctive.

Parmi les éléments subjectifs sont cités les mobiles bas « niedrige Beweggründe ». L'auteur les appelle « Motive » ; il estime qu'ils doivent toujours être conscients, sinon ils constituent des « Triebe », des pulsions, des tendances instinctives⁹⁴, notion différente, selon lui, des mobiles. Ils doivent être également conscients dans le cas de « Motivbündelung »⁹⁵ (faisceau de plusieurs mobiles), car seul le mobile conscient a sa place dans le combat des mobiles, lorsque doit être prise une décision criminelle (motivation) ; cette lutte se livre, selon Maurach, dans le conscient de l'auteur.

Les mobiles, toujours conscients d'après ce qui précède, caractérisent (selon l'auteur) l'acte concret et non l'agent. Les tendances

⁹⁰ *Deutsches Strafrecht*, A.T., 1971, pp. 268 ss. et 229 ss.

⁹¹ C'est en 1969 que le § 13 de la première loi modificatrice du C.P. All. a introduit une telle disposition, entrée en vigueur en 1970.

⁹² MAURACH, *op. cit.*, A.T., p. 842.

⁹³ MAURACH, *op. cit.*, B.T., pp. 32 ss.

⁹⁴ *Op. cit.*, B.T., p. 33.

⁹⁵ *Op. cit.*, B.T., p. 34.

pulsionnelles inconscientes (« Triebe »), dont il n'est pas tenu compte puisqu'il ne s'agit pas de mobiles, pourraient être utilisées pour compléter le tableau que l'on brosse de la personnalité de l'agent, en ce qui concerne, par exemple, l'évaluation de la redoutabilité pour l'application de n'importe quelle *mesure de sûreté* ⁹⁶.

Nous estimons utile de faire quelques remarques au double point de vue psychologique et criminologique :

Tout d'abord, les mobiles bas sont par excellence des caractéristiques de la personnalité de l'auteur, et non pas seulement de son acte. D'ailleurs l'acte n'est pas une entité réelle quelconque que l'on peut séparer de son auteur. En effet, les éléments subjectifs de l'acte situés au-delà du dol ordinaire caractérisent en même temps acte et agent, cependant que les mobiles profonds, plus que tous les autres éléments subjectifs, aident à comprendre sa personnalité ⁹⁷.

En second lieu, à l'opposé de ce que soutient Maurach, nous sommes d'avis, comme nous l'avons déjà dit, qu'il existe également des mobiles subconscients dont il faut tenir compte *dans l'application de la peine*. Nous partageons cependant l'opinion de Maurach selon laquelle, lorsque des mobiles déterminés sont requis par la loi comme éléments constitutifs d'un délit, il faut qu'ils soient conscients. Mais cela, à notre avis, devrait n'être valable que pour les mobiles *stricto sensu* ⁹⁸.

C) DOCTRINE SUISSE.

Bien que les mobiles jouent un rôle important en droit pénal suisse, ils n'ont, assez curieusement, suscité qu'un nombre restreint d'études doctrinales : rares sont en effet les auteurs qui ont spécifiquement traité, de manière au demeurant succincte, le problème des mobiles ⁹⁹.

⁹⁶ *Op. cit.*, B.T., p. 33.

⁹⁷ La disposition du nouveau § 13 du C.P. All. tient compte des mobiles comme circonstances qui parlent *pour et contre l'auteur*, sans autre précision (« Umstände die für und gegen den Täter sprechen »).

⁹⁸ Cf. *infra*, p. 297. MAURACH est peut-être exagérément influencé, dans son interprétation du § 211 du C.P. All., par son opposition à la doctrine « du type de l'auteur » (« normativer Tätertyp ») : cf. *op. cit.*, B.T., § 2 III A, ainsi que A.T., § 35 III 2 et 3.

⁹⁹ Certains auteurs se sont en revanche penchés sur les mobiles dans le cours de travaux intéressant principalement d'autres problèmes : cf. par ex. l'analyse notionnelle des mobiles de W.A. von WEFER, *Die Bereicherungsabsicht im schweizerischen Strafgesetzbuch*, thèse, Fribourg 1951, que nous évoquons plus bas (p. 118 ch. 3 *infra*) ; GUKELBERGER, *Die Absichtsdelikte des schweiz. Strafgesetzbuches*, thèse, Berne, 1968.

1. *Carl Stooss*¹⁰⁰, qui avait introduit les mobiles dans plusieurs dispositions de son avant-projet de code pénal suisse, distinguait les mobiles répréhensibles des mobiles moralement élevés, ces derniers n'inspirant qu'exceptionnellement la commission d'infractions pénales. Le juge devait, selon lui, rechercher les mobiles de l'auteur afin d'apprécier la qualité morale de l'acte et de fixer la peine en conséquence. A l'origine, Stooss voyait dans la qualité des mobiles non seulement un élément influant toujours sur la fixation de la peine (art. 36 AP 1893), mais encore une circonstance atténuante ou aggravante générale, suivant que l'auteur avait obéi à des mobiles nobles (*edle Beweggründe*, art. 37 AP 1893) ou que l'acte dénotait une mentalité vile (*niederträchtige Gesinnung*, art. 39 AP 1893). L'avant-projet de 1894 abandonna les mobiles bas comme circonstance aggravante générale, tandis que les mobiles élevés furent conservés comme circonstance atténuante générale, avec une modification de forme (mobiles respectables, *achtungswerte Beweggründe*, art. 36 AP 1894)¹⁰¹. Quant à la Partie spéciale, elle érigeait souvent les mobiles en élément constitutif ou en circonstance aggravante de certaines infractions¹⁰².

Stooss n'a cependant jamais fourni de définition claire des mobiles. Il observe que ceux-ci ne consistent pas en pulsions (ou tendances), mais en sensations et en sentiments qui sont à l'origine de l'acte¹⁰³ ; les mobiles plongent leurs racines dans le caractère de l'agent. La notion qu'il a des mobiles, conformément d'ailleurs à la psychologie de son temps, est donc plus étroite et moins profonde que celle que nous en avons aujourd'hui. Ainsi juge-t-il par exemple que les mobiles de certains délits, tels le vol, le viol, ou l'escroquerie, sont en général constants — opinion qui n'est plus soutenue de nos jours, où l'on admet que, même lorsque la loi subordonne la constitution d'un délit à l'existence d'un mobile particulier, des mobiles

¹⁰⁰ Cf. STOOSS, *Das Motiv im Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch*, RPS 1896, pp. 167 ss., article qui répond aux critiques adressées par von LISZT à l'avant-projet de 1893 ; cf. sur ce point *supra*, pp. 79 ss.

¹⁰¹ Sur cette évolution, cf. *Das Motiv*, *op. cit.*, pp. 170 s.

¹⁰² Cf. par ex., dans l'AP 1894, les art. 50 al. 2 (mobiles convertissant le meurtre en assassinat), 65 al. 1 (intérêt, égoïsme, méchanceté comme éléments constitutifs du surmenage des subordonnés), 75 al. 3 (mobile de lucre comme circonstance aggravante du recel), 76 al. 3 (bassesse de caractère, notamment soif de vengeance, esprit d'envie ou de haine, joie de nuire ou de détruire comme circonstance aggravante de l'atteinte à la propriété).

¹⁰³ « Nicht um Triebe handelt es sich, sondern um die seelischen Empfindungen und Gefühle, aus denen die Handlung entsprungen ist » (*Das Motiv*, p. 171).

plus profonds peuvent fort bien avoir existé également¹⁰⁴. Stooss ne distingue pas non plus très nettement les mobiles de la mentalité ou disposition constante¹⁰⁵, encore qu'il semble tenir la « *Gesinnung* » pour une notion voisine de celle de caractère, en ce qu'elle renferme une idée de permanence qui la différencie des mobiles¹⁰⁶.

2. *Hélène Erba-Tissot*¹⁰⁷ considère comme mobiles, « *Motiven* » (selon une définition des mobiles fondée sur la doctrine de Wundt)¹⁰⁸, « les représentations accompagnées de sentiments, qui poussèrent l'auteur à se comporter en criminel ». Elle distingue ceux-ci de la « *Gesinnung* », soit les qualités personnelles et les tendances constantes desquelles naissent les lignes générales de l'évolution et du comportement de l'individu.

Notre auteur estime que les mobiles constituent un facteur important d'« *intériorisation* » (« *Verinnerlichung* ») ou de « *spiritualisation* » (« *Spiritualisierung* ») du droit pénal, et ce à un double titre : premièrement, en tant que *facteur éclairant la personnalité* psychique, deuxièmement en tant que *facteur d'appréciation du comportement* de l'auteur et, par conséquent, en tant qu'élément servant à constater le *degré de responsabilité* de ce dernier.

Cette « *intériorisation* » ne peut certes pas aller jusqu'à faire de la disposition (« *Gesinnung* ») un élément constitutif indépendant de la culpabilité, car l'individu n'est puni ni pour son état structurel¹⁰⁹ ni pour ses pensées (« *cogitationis poenam nemo patitur* »), mais bien pour son *acte criminel volontaire*. L'importance de la *disposition* réside dans le fait que celle-ci constitue un *élément d'information* considérable pour l'*appréciation de la culpabilité* (« *Auskunftsmitel*

¹⁰⁴ Sur le vol., cf. en particulier *infra*, pp. 142 ss. ; sur les mobiles constitutifs d'une infraction, cf. *infra*, pp. 253 ss.

¹⁰⁵ La circonstance aggravante générale prévue par l'art. 39 AP 1893 semble en effet avoir tenu à la mentalité, telle que la révèlent les mobiles de l'auteur : « Die Strafe soll das mittlere Strafmass übersteigen, wenn der Schuldige das Verbrechen aus niederträchtiger Gesinnung, insbesondere aus Bosheit, Roheit, Hinterlist, Rachsucht, Schadenfreude, oder aus Lust am Verbrechen begangen hat. » L'exposé des motifs (p. 76) relevait à ce sujet : « Überall ist entscheidend, ob der Beweggrund eine niederträchtige Gesinnung des Thäters verrät. »

¹⁰⁶ Cf. *Das Motiv*, *op. cit.*, p. 172. Pour notre part, rappelons que nous tenons la « *Gesinnung* » pour une cause psychique ou un mobile au sens large ; cf. *supra*, p. 19 et p. 84.

¹⁰⁷ Cf. H. ERBA-TISSOT, *Motiv und Gesinnung im Strafrecht*, in RPS 1949, pp. 257 ss.

¹⁰⁸ Cf. ci-dessous, p. 15.

¹⁰⁹ L'auteur souligne, dans l'ouvrage cité, le fait que la législation nazie utilisa largement des critères qui confèrent à l'auteur de chaque espèce de délit un type déterminé (« *Tätertyp* » et « *Täterschuld* ») ; cf. *infra*, pp. 122 s.

für die Bewertung der Schuld »), et c'est sous cet aspect que le code pénal suisse en tient compte.

D'autre part, *les mobiles* ont de l'importance précisément en tant qu'*indice de la disposition constante de l'auteur*. Plus ils correspondent à la disposition constante de celui-ci, plus ils révèlent une personnalité immorale. Ainsi, la prise en considération de la disposition criminelle et des mobiles en tant qu'indices de la personnalité, ne constitue pas, selon l'auteur, l'introduction d'un élément hétérogène dans le principe de la culpabilité. Les mobiles contribuent, au contraire, à la formation d'une conception téléologique (« Endedenken ») et plus subtile de cette notion. A notre avis, l'auteur se fonde sur une conception erronée du rôle que jouent les mobiles en tant qu'indices de la culpabilité et de la disposition criminelle, ainsi que des relations qu'il y a entre culpabilité et disposition criminelle. Notre opinion sur ces problèmes sera développée au chapitre suivant.

3. *Werner Alois v. Weber*, en étudiant le dessein d'enrichissement¹¹⁰, examine en passant, mais d'une façon assez détaillée, la notion de mobile et la compare à des notions apparentées, à celle de but en particulier.

L'auteur, tout comme Wundt, considère que le mobile a pour éléments constitutifs d'une part la représentation d'un résultat matériel déterminé, d'autre part des sentiments, des tendances et des pulsions qui donnent une teinte agréable à cette représentation. Celle-ci coïncide avec le but, tandis que la part affective est propre au mobile ; c'est cette dernière qui établit entre ces deux notions la différence essentielle.

Mais il se peut, de l'avis même de l'auteur, que dans certains types de délits mobiles et buts coïncident : en d'autres termes, plus le nombre de mobiles imaginables qui pourraient se combiner avec un certain but est restreint, plus mobiles et but coïncideront. Tels sont, selon W.A. v. Weber, les cas où la représentation du résultat est caractéristique d'une certaine tendance psychique. C'est ainsi qu'il considère que, dans les cas des art. 205 et 182, chiffre 1, al. 2, du CPS, le mobile sexuel est si étroitement lié au but lascif que ces deux notions logiquement coïncident.

Nous remarquons que l'auteur distingue nettement les mobiles du but, mais qu'il ne prend pas en considération les mobiles profonds

¹¹⁰ W.A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, thèse, Fribourg, 1951.

et souvent subconscients que la psychologie actuelle reconnaît. C'est pourquoi il continue à requérir la représentation noétique comme un élément indispensable de la notion de mobile¹¹¹. La même raison explique son opinion à propos des articles 205 et 182 du CPS. Nous estimons pour notre part que, même dans ces cas, plusieurs mobiles profonds, distincts de la tendance lascive, pourraient coexister avec celle-ci : ce peut être, dans l'art. 205, une tendance à compenser un sentiment d'infériorité provoqué par une impuissance sexuelle, ou quelque autre sentiment analogue, dû par exemple à l'attitude hautaine d'une jeune personne riche, etc. ; dans l'art. 182, le but de livrer à la débauche la personne séquestrée peut avoir comme mobile la cupidité, la vengeance, etc. Il y a lieu de noter encore que l'auteur ne fait aucune distinction entre but immédiat et but final¹¹².

4. *Olivier Cornaz* examine les notions d'intention, de dessein et de mobile selon le CPS¹¹³. Il en admet la nature subjective, puis les distingue avec justesse et clarté. L'intention, c'est le dol, à savoir la conscience et la volonté de commettre un certain acte. Le dessein (but) suppose également la conscience et la volonté, mais cette volonté tend vers un but qui se situe au-delà de l'infraction (objective)¹¹⁴. Le mobile est l'état d'esprit, les passions et les sentiments (et non pas la conscience ni la volonté) qui ont déterminé le comportement du délinquant et l'ont poussé à l'action¹¹⁵.

Après avoir examiné brièvement le rôle des mobiles dans le CPS, l'auteur les classe en trois catégories¹¹⁶ :

1) Mobiles méprisables, qui sont une condition indispensable à la structure juridique d'un certain délit (par exemple, art. CPS 115, incitation au suicide, et 135, surmenage des enfants et des subordonnés).

¹¹¹ Ce point de vue est réfuté par GUKELBERGER, *op. cit.*, p. 30.

¹¹² Les mêmes remarques sont valables pour F. CAVIEZEL, *Die besonderen Absichten bei den Urkundendelikten des 11. Titels Stgb.*, thèse, Fribourg, 1956, pp. 32 ss., en particulier p. 34 ; l'auteur adopte toutes les opinions de v. Weber sur ce sujet de mobiles et de buts et leurs relations notionnelles en général et plus particulièrement dans les « Absichtsdelikte ». Cf. aussi *infra*, pp. 260 ss. ; B. GUKELBERGER, *Die Absichtsdelikte des schw. Stgb.*, pp. 26 ss., fait une analyse comparative et distinctive des notions de mobile (« Motiv ») et de but (« Absicht »).

¹¹³ *Intention, dessein, mobile*, in JdT, 106, 1958, IV, pp. 66-78.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 72.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 74 ; il se réfère à GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, pp. 54 ss. Cf. aussi ATF 79 IV 118 ; 74 IV 142 ; 75 IV 45.

¹¹⁶ *Op. cit.*, pp. 75-78.

2) Mobiles qui constituent une circonstance aggravante d'un certain délit (par exemple, art. 195 et 129 CPS)¹¹⁷.

3) Mobiles qui deviennent une circonstance atténuante (art. 113, 305, etc.), parce qu'ils impliquent chez l'accusé une atteinte plus ou moins prononcée de sa faculté de détermination.

Quant à cette dernière catégorie, nous remarquons que : 1° l'auteur dans ces cas semble restreindre la notion de mobile, malgré la définition correcte qu'il en donne. Il paraît considérer le mobile presque comme un synonyme de passion, ne mentionnant ni le sentiment (simple), ni l'émotion, ni la pulsion qui tous pourraient provoquer un état d'esprit poussant au délit¹¹⁸ ; 2° que ce n'est pas simplement à cause de l'atteinte qu'ils portent à la faculté d'autodétermination que les mobiles sont pris en considération par la loi dans les délits appartenant à cette catégorie, mais surtout à cause de leur caractère non déshonorant, non immoral (cf. par exemple art. 305 ch. 2 CPS). C'est pourquoi la grande cupidité, la grande envie ou la grande haine, qui exerceraient aussi une influence sur l'autodétermination, ne doivent pas être considérées comme des circonstances atténuantes¹¹⁹.

D) DOCTRINE FRANÇAISE.

La science française ne s'est pas spécialement occupée des mobiles, ni du point de vue de la politique criminelle, ni du point de vue de la dogmatique pénale, puisque le droit positif ne s'intéresse pas, en règle générale, aux mobiles¹²⁰.

1. *Garraud*¹²¹ établit une distinction entre l'intention (le dol) et le mobile : il considère la première comme une « *causa proxima delicti* »

¹¹⁷ Il considère le but de lucre et la cupidité comme synonymes. Contra, à juste titre, CLERC, *A propos de la cupidité*, JdT 110, 1962, IV, pp. 98-103 ; W.A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, thèse, 1951, pp. 29, 30, 86, 131.

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 77 : « Le mobile est une passion qui trouble le jugement du délinquant et influe sur sa volonté. » Peut-être cette définition se réfère-t-elle seulement à l'art. 113. Par ailleurs, l'émotion violente n'est pas synonyme de passion, en dépit du titre marginal de l'art. 113 : cf. *supra*, p. 52, n. 120 et *infra*, p. 292, n. 93.

¹¹⁹ C'est à juste titre que l'art. 113 CPS, parlant d'émotion violente, ajoute : « que les circonstances rendaient excusable. » Cf. l'interprétation de l'art. 113, *infra*, pp. 292 s.

¹²⁰ Ainsi MERLE, *Droit pénal général*, PUF, 1957, p. 227 ; VOUIN et LÉAUTÉ, *Droit pénal et procédure pénale*, 1960, p. 50 ; STEFANI et LÉVASSEUR, *Droit pénal général*, 1971, p. 189 (n° 195).

¹²¹ R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 1934, p. 230.

et le second comme une « *causa remota delicti* » ; c'est pourquoi il qualifie la première d'intention directe et le second (mobile) d'intention indirecte. Il distingue ensuite, d'une manière peu précise, le mobile du but dans la recherche des cas exceptionnels dans lesquels la loi française tient compte de ces deux éléments, à savoir : 1) dans les cas de *dolus specialis* où la loi, selon l'auteur, élève au rang d'élément constitutif d'un délit le *mobile* le plus rapproché ; 2) dans certains délits, pour la coloration morale desquels on tient compte d'un certain but.

Il exprime enfin ¹²² l'avis selon lequel la recherche des mobiles « devient tellement dominante » qu'il est impossible d'ignorer cette orientation ¹²³.

2. *J. Lebre*¹²⁴ soutient des opinions fondamentalement identiques à celles de *Fioretti*¹²⁵. Il estime que, de *lege ferenda*, il ne doit pas exister de distinction entre le *dol* (intention) et les mobiles, étant donné que la responsabilité pénale repose sur les deux notions suivantes : a) la redoutabilité de l'auteur, b) l'opportunité de la sanction. Nous renvoyons donc aux remarques que nous avons faites à propos des opinions de *Fioretti*. De la différence notionnelle existant entre *dol* et mobiles nous nous occupons spécialement en place due ¹²⁶. Nous exposons longuement d'ailleurs notre opinion sur la relation qui existe entre responsabilité pénale et mobiles au troisième chapitre de cette même partie. Notons par ailleurs que *Lebre* utilise indistinctement les termes de mobile et de but, selon les usages de la science française ¹²⁷.

3. *Chazal*¹²⁸ considère comme mobiles les idées actives qui constituent les ressorts de nos actes. Il distingue parmi ceux-ci les mobiles-moyens, formés d'idées actives permettant l'accomplissement d'une autre idée active, et les mobiles-buts, qui consistent en idées actives se suffisant à elles-mêmes. Les premiers répondent à la question

¹²² *Op. cit.*, p. 318.

¹²³ Cette dernière remarque fut, par la suite, prise en considération par la doctrine française, mais non par la législation.

¹²⁴ *Essai sur la notion de l'intention criminelle*, in RSC 1938, pp. 438 ss.

¹²⁵ *V. supra*, p. 72.

¹²⁶ *Cf. infra*, pp. 107 ss.

¹²⁷ *Cf.* par exemple *LABORDE-LACOSTE, Le but de l'agent, élément constitutif de l'infraction dans la doctrine de la jurisprudence française*, in RIDP, 1926, p. 125. — *V. également* P. BOUZAT, t. I du *Traité de droit pénal et de criminologie* BOUZAT-PINATEL, pp. 255 s. ; pareillement MERLE-VITU, *Traité de dr. crim.*, 1967, pp. 436 et 438 ; STÉFANI et LÉVASSEUR, *Dr. pén. général*, pp. 187 ss.

¹²⁸ *Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal*, thèse, 1929.

« pourquoi ? », tandis que les seconds à celle de « à quelle fin ? ». C'est ainsi que les premiers constituent le point de départ de l'acte, tandis que les seconds en forment la réalisation future ¹²⁹. Nous pensons que l'auteur s'efforce, en introduisant ces nuances, de distinguer les mobiles du but final. Quant au but direct, il l'appelle mobile intentionnel constant pour chaque type de délit et en fait un synonyme de dol.

L'auteur considère ensuite qu'il y a lieu de tenir compte des mobiles :

1) en tant qu'éléments du jugement judiciaire relatif à la culpabilité et à la redoutabilité du délinquant ;

2) pour faire la distinction entre les crimes politiques et les crimes communs ;

3) comme élément constitutif, à caractère moral, de certains crimes ;

4) comme fait justificatif, s'il s'agit d'un but ou d'un mobile utile à la société.

L'auteur ne précise pas ce qu'il entend par mobiles et but, utilisant ces deux termes sans distinction ; il souligne avec justesse cependant certains des rôles légaux que jouent les mobiles ¹³⁰.

4. *Pierre Mimin* a publié une étude sur l'intention et le mobile, dans laquelle il étudie ces deux éléments surtout du point de vue de la jurisprudence française ¹³¹.

Il déclare tout d'abord que les trois notions de volonté, d'intention et de mobile sont trois notions distinctes, mais il n'en donne aucune définition. Il résulte pourtant du contexte que l'auteur considère que la « volonté » concerne l'acte purement matériel. L'intention, selon lui, est surtout la conscience de commettre une action illicite ; elle est synonyme de dol (*dolus generalis*) ¹³².

Quant au mobile, Pierre Mimin le considère aussi comme une notion distincte des deux autres. Ainsi le mobile, influant sur la

¹²⁹ *Op. cit.*, pp. 11-13.

¹³⁰ Cf. par ex. p. 17 (3^e et 4^e parties) et les pages 49, a, 50, b et 119. Il utilise à la page 17 le terme de « but » et aux pages 49 et 50 celui de « mobiles », tandis qu'à la page 119, il emploie les deux termes.

¹³¹ Cf. Pierre MIMIN, *L'intention et le mobile*, in *Mélanges M. Patin, Cujas*, 1965, pp. 115 ss.

¹³² Cf. notamment *op. cit.*, pp. 116 (début) et 117, où la conscience d'escroquer est appelée une fois « *dolus generalis* » et une autre fois « intention ».

pénalité, est indifférent pour la constitution du délit, exception faite des cas de *dolus specialis*, c'est-à-dire des cas où un mobile est désigné, aux termes de la loi, comme étant nécessaire pour la consommation d'un délit déterminé. Tous les cas de *dolus specialis* sont considérés comme des mobiles par l'auteur, qui ne fait aucune distinction entre mobile et but, bien qu'il cite des cas où il s'agit clairement de but —et notamment de but direct— et non pas de mobile¹³³. Il distingue même ce prétendu mobile des « autres mobiles » (les vrais mobiles, à notre avis) qu'il considère, à juste titre, comme indifférents pour l'existence du délit, mais qui sont intéressants pour le dosage de la pénalité.

Toutefois, tandis qu'il souligne d'une part « l'opposition de l'intention au mobile »¹³⁴, il admet d'autre part que « l'intention délictuelle ne serait qu'un mobile prochain par opposition à l'ensemble des mobiles éloignés »¹³⁵.

De ce qui précède, il résulte que Pierre Mimin ne distingue pas nettement les unes des autres toutes ces notions psychologiques, apparentées certes et pourtant différentes¹³⁶.

Mimin souligne que la loi peut « attribuer à un mobile défini la vertu d'arrêter l'incrimination »¹³⁷ ; ce sont : les cas que prévoit la loi française du 6 juillet 1943 relativement au mobile « servir la cause de la libération de la France » sous l'occupation allemande ; quelques faits justificatifs (obéissance à la loi et à l'autorité légitime, légitime défense, état de nécessité) ; enfin « la bonne foi » dans la diffamation, alors même qu'il existe une intention diffamatoire.

5. Bouzat distingue l'intention des mobiles en ajoutant qu'« il ne faut pas pousser très loin » cette distinction¹³⁸. Selon cet auteur les mobiles jouent, en droit français, les rôles suivants¹³⁹ : a) ils influent sur la fixation de la peine, dans les limites prévues par la loi ;

¹³³ Cf. *op. cit.*, pp. 117 et 119.

¹³⁴ Cf. *op. cit.*, p. 117.

¹³⁵ Cf. *op. cit.*, p. 118.

¹³⁶ Distinction entre toutes ces notions *infra*, chap. suivant.

¹³⁷ V. BOUZAT-PINATEL, *op. cit.*, I, pp. 118 *in fine*, 255 s. et 258.

¹³⁸ V. *op. cit.*, pp. 257 ss. MERLE et VITU, *Traité de droit criminel*, 1967, pp. 436 et 438, ainsi que DECOCQ, *Dr. pén. général*, pp. 116 s., font aussi une distinction correcte entre *dol général* et mobile.

¹³⁹ MERLE et VITU, *op. cit.*, pp. 436-438 et 300 s., bien qu'ils soulignent l'importance capitale des mobiles, n'admettent leur rôle qu'en tant que faits justificatifs dans quelques cas explicitement prévus par la loi, ainsi que, surtout, en tant que faits influant sur la modalité de répression.

b) par exception, la loi en fait des éléments constitutifs de l'infraction (*dolus specialis*) ; c) par exception, ils peuvent constituer une circonstance aggravante ; enfin, d) le mobile patriotique joue un rôle prépondérant selon l'Ordonnance du 6 juillet 1943 qui fait de certains actes des résistants pendant l'occupation allemande des actes légitimes.

6. *Stefani et Lévasseur* examinent la question du double point de vue de la théorie et du droit positif ¹⁴⁰.

Ils soulignent « la notion réaliste » de l'intention, qui a été dégagée par les positivistes, Ferri notamment, selon laquelle un fait n'est punissable que s'il a été voulu dans un dessein (=mobile) contraire à l'ordre social ¹⁴¹. Ils opposent à cette conception la conception classique, selon laquelle « l'intention criminelle est une volonté abstraite ». Le C.P.Fr., « fidèle à cette conception, ne tient aucun compte du mobile. En règle générale, celui-ci est indifférent tant en ce qui concerne l'existence de l'infraction que la répression. »

Quant à l'existence de l'infraction, ces auteurs considèrent qu'il est douteux que le mobile puisse à lui seul « faire disparaître l'infraction » ; en revanche, ils considèrent comme certain que le mobile est, dans des cas exceptionnels, un élément constitutif de l'infraction (par exemple dans les infractions des art. C.P. Fr. 72-2°, 86, 87, 93, 94 — infraction contre la sûreté de l'Etat — et 226 ; dans quelques délits prévus par des lois spéciales).

En ce qui concerne la répression, le droit positif ne tient pas compte du mobile. Mais en fait il en est autrement. On arrive même parfois à acquitter le coupable en déclarant que le prévenu n'est pas coupable et qu'il a agi sans intention délictueuse — ce qui entraîne une confusion entre intention et mobile — parce que la peine dans le cas concret, compte tenu des mobiles sociaux et honorables, serait trop sévère.

En concluant, Stefani et Lévasseur soulignent la nécessité qu'il y a que la loi prévienne des peines parallèles (deshonorantes et honorables) que le juge appliquerait selon que le mobile de l'agent serait moral ou immoral.

¹⁴⁰ V. STÉFANI et LÉVASSEUR, *Dr. pén. général*, 1972, pp. 187 ss.

¹⁴¹ V. STÉFANI et LÉVASSEUR, *op. cit.*, p. 187 (n° 194). Cf. *supra*, pp. 69 s. (opinions de FERRI).

E) DOCTRINE BELGE.

1. *Tahon*¹⁴² confond le motif (qu'il considère comme le but de l'acte) avec le dol général ou intention¹⁴³ ; toutefois il distingue nettement de ces deux concepts le mobile, auquel il donne le sens correct de « déterminante de la volonté humaine dans l'action ». Il consiste en une tendance ou en un sentiment qui est sorti vainqueur du conflit psychologique et a déterminé le sujet à agir¹⁴⁴.

En soulignant l'importance du mobile pour l'individualisation de la peine et l'application de peines parallèles (telles celles qui sont prévues par les art. 123 ter et 81 du code pénal belge), il admet cependant qu'il faut, de *lege ferenda*, en tenir compte à titre exceptionnel comme élément constitutif du crime. Il ajoute toutefois qu'on ne doit pas confondre celui-ci avec le *dolus specialis*, requis dans un grand nombre d'actes punissables¹⁴⁵.

2. *Robert Legros* fait une distinction, dans son étude intitulée « L'élément moral dans les infractions », ¹⁴⁶ entre le mobile et le but. Il appelle à juste titre du nom de mobile, « le moteur qui détermine l'action », « le sentiment qui est à l'origine de l'action »¹⁴⁷. Il désigne en revanche du nom de motif la raison objective de l'acte. Nous croyons qu'il entend par ce terme le but, comme le fait également *Tahon*¹⁴⁸.

Plus loin toutefois il confond le mobile avec l'intention ou « la volonté du résultat », selon sa définition (à savoir : la mort, dans l'homicide avec préméditation ; les blessures ou le préjudice causé à la santé dans les cas de coups et blessures prémédités, etc.). Il

¹⁴² *Le mobile en droit pénal belge*, discours prononcé le 15 septembre 1948, à la Cour d'appel de Liège, à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire, publié dans la R. Dr. P. Crim., 1948, pp. 101 ss.

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 104.

¹⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 104 s.

¹⁴⁵ *Op. cit.*, p. 113 ; il entend manifestement les cas où la loi pénale requiert, comme élément constitutif de la structure juridique d'un délit, un but immédiat ou une certaine disposition psychique, mais non pas le mobile.

¹⁴⁶ Edition Sirey (Paris) et Desoer (Liège), 1952.

¹⁴⁷ *Op. cit.*, p. 230.

¹⁴⁸ Cette distinction rappelle celle que fait Thomsen entre mobiles psychiques et mobiles réels : cf. *supra*, pp. 82 s.

estime en effet que l'intention, qu'il considère comme « *dolus specialis* », est constituée *de mobiles* ou *de motifs* ¹⁴⁹.

Nous remarquons que les éléments psychiques que comporte le *dolus specialis* ne sont pas toujours des mobiles, mais le plus souvent un but immédiat.

Il est vrai que l'auteur semble ici avoir l'intuition d'une certaine différence existant entre l'intention, soit l'intention de produire le résultat en général, et le *dolus specialis* ; toutefois, il situe l'intention de façon nette et précise dans le *dolus specialis* ¹⁵⁰. Il divise par ailleurs les mobiles en mobiles-éléments constitutifs du crime (qu'il comprend dans l'intention et, par conséquent, dans le *dolus specialis*) et en mobiles « plus lointains », qui, pour le même type de délit, peuvent varier d'un cas à l'autre. A notre avis, ce sont là les mobiles les plus profonds.

F) DOCTRINE ANGLO-AMÉRICAINNE.

1. On sait que le droit anglo-américain, qui repose sur des « *case law systems* », présente des particularités telles qu'on en tient rarement compte dans une étude comparative des systèmes juridiques pénaux.

Néanmoins la doctrine des pays anglo-américains a su mettre en évidence de façon systématique les principes fondamentaux de ce droit. Ces principes, qui découlent de la jurisprudence, influent à leur tour sur celle-ci.

Nous constaterons tout d'abord que la doctrine et la jurisprudence anglo-américaines admettent deux composantes du délit : « *actus reus* » et « *mens rea* » ¹⁵¹.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, pp. 230, 232 et 100. Il faut noter qu'en France comme en Belgique l'opinion dominante considère l'intention comme l'élément subjectif inhérent à tous les délits qui n'ont pas été commis par imprudence ou négligence, c'est-à-dire comme étant synonyme de dol général (et non de dol spécial) ; cf., par ex., *supra* C, auteurs français (GARRAUD, CHAZAL, LEBRET) et LEGROS, *op. cit.*, p. 230 (n° 274), p. 96 (n° 119). Le CPS adopte la même terminologie, puisqu'il emploie (art. 18) le terme « intentionnellement » dans le sens « avec dol » (l'opposé de « par négligence »).

¹⁵⁰ Cf., à titre de comparaison, les pages 229 et 232 de cet ouvrage.

¹⁵¹ Il s'agit là de la bipartition du délit qui remonte au droit romain et qui a encore cours en Italie, où plusieurs auteurs distinguent dans le délit deux éléments, l'objectif et le subjectif.

La « mens rea » correspond, selon l'opinion prédominante, à la culpabilité des systèmes européens ¹⁵².

Mais quelle est la relation qui existe entre mobile et intention ? et quel est le rôle que jouent les mobiles dans les systèmes anglo-américains ?

1. *Austin* avait distingué les mobiles de l'intention : les premiers sont les sources de l'action (« springs of action ») qui provoquent l'intention, laquelle relève de l'intellect. L'intention est la fin (« the aim ») de l'acte dont le mobile est la source. Le mobile, quant à sa nature psychologique, est un désir qui précède la volition ¹⁵³. Le processus volitionnel est le suivant : un premier mobile engendre un mobile immédiat qui, à son tour, engendre la volonté.

Le droit, selon *Austin*, ne tient pas compte du mobile pour établir la structure d'un délit. C'est ainsi que l'auteur critique la définition de l'assassinat que donne la « common law » (jurisprudence), qui, selon lui, confond le mobile de « malice » avec l'intention ¹⁵⁴.

2. *Salmond* considère aussi le mobile comme un désir, distinct de l'intention. Il ajoute cependant que parfois l'intention se présente sous la forme de « ulterior intent or motive » (intention ultérieure ou mobile) ¹⁵⁵. Cette intention ultérieure est le *dolus specialis* de nos systèmes juridiques, puisque, selon *Salmond*, il s'agit de la partie de l'intention totale qui dépasse l'acte injuste.

Cette opinion n'est valable qu'en partie : en effet, il est juste de dire que, dans les délits qui comportent un *dolus specialis*, le mobile déterminé, qui en est un élément, s'unit au dol ¹⁵⁶ ; en revanche, il est faux d'affirmer que l'élément subjectif contenu dans le *dolus specialis* est toujours un mobile. De plus, c'est précisément dans les cas où le *dolus specialis* inclut un mobile (et non un dessein) que ce mobile peut, parfois, ne pas dépasser l'acte injuste objectif (par exemple dans les délits sexuels).

¹⁵² V., p. ex., *HARRIS'S Criminal law*, par *HOOPER*, Londres, 21^e éd., 1968, pp. 39 ss. ; *SMITH et HOGAN, Criminal law*, Londres, 2^e éd., 1969. Contra *HALL, General principles of criminal law*, Indianapolis, N.Y., 1960, p. 3, qui donne à la « mens rea » le sens plus restreint d'intention (dol).

¹⁵³ V. *AUSTIN, Lectures on Jurisprudence*, 4^e éd., 1879, n. ad 168, 428, 432.

¹⁵⁴ V. *op. cit.*, n. ad 355.

¹⁵⁵ V. *SALMOND, Jurisprudence*, 7^e éd., 1924, n. ad 397. *COOK (Act, intention and motive in the Criminal Law, Lectures on jurisprudence*, 1917, n. ad 645 et 661) écrit que « dans plusieurs cas l'existence d'un délit dépend du mobile ».

¹⁵⁶ Cela indépendamment de la question de savoir si ce même élément constitue en même temps un élément de l'illicéité ; v. un développement détaillé sur ce sujet *infra*, pp. 256 ss.

3. *Hall* a étudié notre sujet dans le détail. Il distingue nettement le mobile de l'intention et le définit comme « la raison ou le fondement de toute conduite concrète »¹⁵⁷. Ainsi le mobile, selon cet auteur, se réfère à l'agent, cependant que l'intention est dirigée en dehors de celui-ci. Le mobile est donc un élément psychique sans intérêt pour l'établissement de la structure d'un délit, exception faite de quelques délits où la jurisprudence considère que certains mobiles en sont des éléments constitutifs (c'est le cas, par exemple, de la diffamation et de la conspiration)¹⁵⁸.

Hall considère ensuite que l'opinion de Salmond sur l'« ulterior intent », résumée ci-dessus, est erronée, car elle reposerait sur une confusion des notions d'intention et de mobile¹⁵⁹. Remarquons à propos de cette critique que dans le cas de l'« ulterior intent », du *dolus specialis*, Salmond ne confond pas intention et mobile (puisque'il s'agit là précisément d'une forme de l'intention, qui, en fait, contient parfois un mobile), mais qu'il ne fait aucune distinction entre dessein et mobile ; on retrouve cette confusion chez Hall¹⁶⁰.

Selon cet auteur, les mobiles ne peuvent pas non plus intervenir dans les causes de justification¹⁶¹ ; ils peuvent en revanche servir à l'appréciation du degré de culpabilité, mais ne sauraient la supprimer, puisqu'ils ne sont pas un « essential element ».

Hall conclut en excluant toute relation entre mobile et « mens rea »¹⁶². Cela nous paraît faux, bien que nous aussi nous distinguions ces deux notions : en premier lieu, les mobiles peuvent avoir, précisément dans des cas de *dolus specialis*, une relation positive avec la culpabilité, en ce sens qu'il est indispensable qu'ils coexistent avec l'intention ordinaire, afin que la partie subjective du délit soit établie ; en second lieu, les mobiles peuvent influencer sur la culpabilité de façon négative, puisque certains mobiles (non antisociaux) contribuent, s'ils sont combinés avec certaines circonstances objectives, à la suppression de la culpabilité¹⁶³.

¹⁵⁷ V. J. HALL, *op. cit.*, pp. 89 ss.

¹⁵⁸ V. *op. cit.*, pp. 86 et 90 ss.

¹⁵⁹ V. *op. cit.*, pp. 85 ss.

¹⁶⁰ Cela résulte de l'exemple qu'il cite à la p. 87 (*op. cit.*), afin d'éclairer la différence existant entre intention et mobile.

¹⁶¹ V. *op. cit.*, p. 88.

¹⁶² Nous rappelons que pour HALL (*op. cit.*, p. 3) la « mens rea » n'est que l'intention (*dol*).

¹⁶³ V. *infra*, pp. 223 s.

Cette dernière remarque concerne également la relation qu'il y a entre mobiles et caractère injuste de l'acte ¹⁶⁴.

4. Il nous semble que *Smith et Hogan* envisagent la question d'une façon plus juste ¹⁶⁵. Ils estiment, tout comme Hall, que le mobile n'entre pas en ligne de compte pour établir la « mens rea », sauf dans des cas exceptionnels (diffamation, conspiration, par exemple) ; mais, contrairement à Hall, ils admettent l'intervention des mobiles dans « a specious or ulterior intention », qui n'est que le *dolus specialis*. Dans ces cas, la structure juridique du délit requiert un mobile, comme « une conséquence ultérieure de la mens rea et de l'actus reus » ; mais ces auteurs ne distinguent pas non plus entre dessein ou fin et mobile ¹⁶⁶.

Ils admettent encore l'utilité des mobiles dans la fixation de la peine par le juge, en tant qu'indices du degré de culpabilité. Les mobiles sont utiles encore comme « evidence », c'est-à-dire comme indices servant à prouver que l'accusé est réellement le coupable.

¹⁶⁴ V. *infra*, pp. 219 ss.

¹⁶⁵ V. *op. cit.*, pp. 47 s.

¹⁶⁶ HARRIS et HOOPER (*op. cit.*, pp. 39 ss.) ont des opinions analogues à celles de HOGAN et de SMITH quant à la relation qui existe entre « mens rea » et mobile dans l'« ulterior intent », sans distinguer eux non plus entre dessein ou fin et mobile.

CHAPITRE III

LES MOBILES EN DROIT PÉNAL

CONCLUSIONS

1. Après avoir analysé la notion de mobile d'un point de vue psychologique et criminologique et rappelé des opinions émises sur cette notion et sur le rôle des mobiles en droit pénal, il nous reste à présenter nos propres conclusions sur le même sujet et notamment sur les rapports existant entre les mobiles et d'autres notions apparentées du droit pénal. Nous examinerons en particulier la relation notionnelle du mobile et du but (final ou intermédiaire) par rapport au dol et à la négligence, ainsi que le rapport que l'on peut établir entre la disposition et la tendance criminelles avec les mobiles et le but.

Les différences notionnelles existant entre le mobile et le but (final ou indirect et intermédiaire ou direct) ont été déjà suffisamment développées¹ pour que nous n'y revenions pas. Ces différences d'ordre psychologique doivent être également valables en droit pénal².

Pour que ces notions soient plus précises, nous en donnerons ci-dessous les définitions.

Les mobiles sont les causes psychiques de l'acte, de nature affective, accompagnées ordinairement, mais non pas nécessairement, d'éléments noétiques ; il s'agit, en d'autres termes, du phénomène psy-

¹ Cf. ci-dessus, pp. 25 s.

² Néanmoins, en raison des divergences que l'on constate à propos des concepts psychologiques de mobile et de but, on retrouve en droit pénal également des divergences analogues. Ainsi en est-il du but direct (*Absicht*, *dessein*) que certains pénalistes considèrent comme un mobile et d'autres non, notamment dans les délits de dessein ; la doctrine et la jurisprudence suisses aussi bien qu'allemandes ne sont point unanimes. Voir encore sur la distinction que l'on fait entre ces deux concepts, *infra*, pp. 262 ss.

chique, de nature affective, qui incite à accomplir une action concrète. *Le but final* est la représentation (de caractère noétique) du résultat final, du changement final, que désire l'agent.

Le but intermédiaire ou direct est le but immédiat tendant à servir le but final ; autrement dit, la représentation du résultat direct visé par l'acte.

Le motif dernier (en grec « ἀφορμή ») est le dernier stimulus mettant en mouvement les mobiles psychiques déjà existants.

Nous n'estimons pas inutile de mentionner ici de façon sommaire certaines conséquences³ que l'on peut tirer de l'analyse psychologique et de la définition de ces notions, et ce en raison de leur utilité pour l'application des dispositions pénales :

a. — Les mobiles et le but sont des notions distinctes.

b. — On distingue le but final du but direct, qui sont deux notions différentes.

c. — Quand la loi parle d'un but spécifique, nécessaire pour l'établissement d'un crime déterminé⁴, il s'agit d'un but direct ou intermédiaire (Absicht) ; le but final, lui, peut varier : il n'est par conséquent pas prévu par la loi.

d. — Les mobiles varient également ; on ne peut donc les prévoir. C'est à titre exceptionnel que la loi requiert un mobile ou une tendance déterminée comme élément constitutif de la structure juridique (Tatbestand) de certains délits⁵.

e. — Toutes les fois que la loi exige l'examen des mobiles afin que puisse être établi le diagnostic de la personnalité du criminel, la

³ Cf. l'exposé détaillé *supra*, chap I A, *La psychogénèse de l'acte en général*.

⁴ P. ex. : art. 137 CPS (vol) « pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime » ; art. 168 CPS (achat de voix) « pour gagner la voix d'un de ses créanciers ». Ou bien art. 372 C.P. Gr. (vol) « dans le dessein de s'approprier de façon illégitime » ; art. 386 C.P. Gr. (escroquerie) « dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage économique illicite ».

⁵ Nous tirons les exemples suivants du C.P. Gr. : art. 406 (incitation de quelqu'un à spéculer par des opérations de bourse, en abusant de sa faiblesse mentale etc.) qui exige qu'on ait agi « par cupidité » ; art. 407 (mendicité) « par paresse ou par cupidité ». Les exemples ci-dessous sont tirés du CPS : art. 135 (surmenage des enfants et des subordonnés) « par égoïsme ou par méchanceté » ; art. 138 (larcins) « par la détresse ou par légèreté ou pour satisfaire une envie » ; art. 179 septies (abus du téléphone) « par méchanceté ou par espièglerie ». — V. *infra*, sect. B de la sec. p., dont le chap. II est consacré à l'étude des délits comportant de tels éléments subjectifs.

recherche sera poursuivie de façon plus approfondie après la découverte du but direct.

1. — La notion de motif dernier diffère également de celles de mobile et de but, final et direct.

g. — De toutes ces notions, la plus profonde et, par conséquent, la plus révélatrice de la personnalité du coupable et de sa disposition criminelle est celle de mobile ; c'est des mobiles en effet que décourent le but final et le but direct, cependant que le motif dernier met l'auteur en mouvement.

2. Le but a, en droit pénal, une importance particulière selon la théorie finaliste de l'acte (« finalistische » ou « finale Handlungslehre »)⁶.

Selon cette théorie, l'acte est l'exercice d'une activité téléologique (« Ausübung der Zwecktätigkeit ») ou, en d'autres termes, l'acte n'est que le comportement humain provenant d'une volonté intentionnelle. Il ne constitue pas un processus causal aveugle, mais un événement guidé par une volonté agissant sur la base d'un plan⁷. C'est ainsi que le point central de l'acte est constitué par une volonté tendant vers un but déterminé.

Cette doctrine, admise par certains pénalistes, apporte de sérieuses modifications à la dogmatique du droit pénal. C'est ainsi que tous les éléments psychologiques de l'acte (dol, etc.) sont considérés, selon la théorie téléologique, comme des éléments de l'acte et du tort (qui devient ainsi un tort personnel). La culpabilité est d'autre part limitée au blâme adressé à l'auteur pour un acte délictueux déterminé que ce dernier aurait commis⁸.

⁶ Les principaux représentants de cette théorie sont : H. v. WEBER, GRAF zu DOHNA, MAURACH et, surtout, WELZEL. Cf. DOHNA, *Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen*, in ZStW. 27, pp. 329 ss. ; WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4^e éd. 1961 (traduction en grec de cet ouvrage par Anna PSAROUDABENAKI, 1963) ; id., *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, Karlsruhe, 1953 ; id., *Um die finale Handlungslehre*, 1949 ; id., *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die f. H.L.*, in JuS 66, pp. 421 ss. ; v. WEBER, *Bemerkungen zur Lehre von Handlungsbegriff*, in Engisch-Festschrift 1969, pp. 328 ss. ; MAURACH, A.T., pp. 161 ss. Comparer avec des points de vue y relatifs de FERRI, v. ci-dessus pp. 68 ss. — La comparaison avec la théorie de Jossierand, concernant le droit en général, est intéressante ; cf. L. JOSSIERAND, *Essai de téléologie juridique*, Les mobiles dans les actes juridiques, 1928.

⁷ Cf. WELZEL, *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, p. 5.

⁸ Cf., outre les ouvrages déjà cités, les ouvrages suivants, favorables ou opposés à cette théorie : NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951 ; ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, Kohlrausch-Festschrift, 1944, pp. 141 ss. ; ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in ZStW. 74, pp. 515 ss. ; JESCHECK,

L'étude de cette théorie dans son ensemble excède les limites de notre sujet. Il nous semble cependant utile d'examiner ici quelle est la relation notionnelle de cette fin ou intention avec les mobiles et le but, afin de mieux éclaircir ces concepts juridiques.

Or, en envisageant la question du point de vue notionnel⁹, nous ferons remarquer que « l'intention » de la théorie finaliste de l'acte équivaut à la *volonté intentionnelle* d'une action déterminée, à une volonté visant à une fin. Cela ne signifie pas « intention » dans l'acception suisse, française ou italienne de ce terme, à savoir « dol »¹⁰. Car cette volonté intentionnelle ou finaliste existe, selon cette théorie, aussi bien dans un acte commis avec dol que dans un acte commis par négligence ou imprudence.¹¹

Cette volonté est également différente des notions de mobile, de but final et de but direct¹². En effet, *les mobiles comme le but final* de tout délit *concret* — indifférents pour la structure juridique *abstraite* de ce délit — *varient* d'un acte à l'autre et constituent, *en règle générale*, des notions différentes et plus profondes que la volonté intentionnelle. Néanmoins, *à titre exceptionnel*, la loi requiert un mobile ou un but *direct* comme élément subjectif nécessaire pour l'existence de *certain*s délits ; ce mobile et ce but direct diffèrent donc de la volonté intentionnelle qui existe *dans tout délit*. Ces éléments subjectifs sont cependant considérés par les adeptes de la

Der strafrechtliche Handlungsbegriff in Dogmengeschichtlicher Entwicklung, in Festschrift für E. Schmidt, 1961, pp. 146 ss. ; Arthur KAUFMANN, *Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit*, in JuS 67, pp. 145 ss. V. tout particulièrement Lampe, *Das personale Unrecht*, 1967.

Les auteurs grecs suivants ont traité cette question en grec : T. PHILIPPIDIS, in Ann. Pén., 1954, pp. 325 ss. et in Armenopoulos, t. XIV, pp. 497 ss. ; C. DEDÈS, in Ann. Pén. 1956, pp. 65 ss. ; A. PSAROUDA-BENAKI, in Ann. Pén. 1961, pp. 113 ss. et 177 ss. Cf. également N. CHORAFAS, *Principes de droit pénal*, 1966, p. 242.

⁹ Cet enseignement est étranger au droit positif grec, fondé sur la théorie classique de l'acte : cf. à ce sujet CHORAFAS, *op. cit.*, p. 246. Il en va de même pour le droit positif suisse, v. PFENNINGER, *Die moderne deutsche Strafrechtswissenschaft*, in SJZ, 1949, p. 357 ; PIOTET, *La doctrine dite finaliste de l'infraction*, in RPS, 1956, pp. 385 ss. STRATENWERTH, *Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schw. Strafrecht*, in RPS, 1965, pp. 179 ss., est d'avis contraire (v. tout particulièrement p. 209).

¹⁰ Cf. la définition de l'intention in ANTOLISEI, *Manuale*, p. 183 (« L'intenzione non è altro che la volontà protesa verso uno scopo » ... « il fatto, per essere doloso, quindi, deve coincidere con il fine o con uno dei fini che il soggetto si è proposto »).

¹¹ Cf. encore sur cette question Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 155 ; ENGLISH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930. Cf. également la réfutation des objections concernant les actes commis par imprudence, WELZEL, *Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen*, Juristenzeitung 56, pp. 36 ss. ; id., *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Schriftenreihe der jur. Studiengesellschaft, 1961 ; id., *Das neue Bild...*, pp. 31 ss.

¹² V. définition de ces notions *supra*, pp. 103 s.

théorie finaliste comme faisant partie, dans ces cas, du « finaler Tatbestandsteil »¹³.

Les mobiles profonds et le but final *de tout acte, qui varient* dans chaque acte concret, sont des notions beaucoup plus profondes et, partant, beaucoup plus importantes pour le diagnostic de la personnalité d'un criminel que la fin de la théorie finaliste.

Les mobiles et le but final sont des indices de la disposition criminelle ainsi que de la culpabilité de l'agent, comme nous allons le voir par la suite. On doit, par conséquent, les prendre en considération — que l'on admette ou non la théorie finaliste de l'action — lorsque l'on applique les dispositions du code pénal qui se fondent sur l'examen de la personnalité du criminel¹⁴.

3. La notion de dol, notion purement juridique à base psychologique, diffère de celle de mobile et de but¹⁵.

Les mobiles constituent la cause créatrice du dol, c'est-à-dire les causes psychiques qui ont engendré la volonté ou l'acceptation de l'accomplissement objectif du crime. Le dol constitue, à son tour, la cause directe de l'acte.

Comme le contenu psychique du dol correspond aux éléments objectifs prévus par la loi pour chaque délit, il est toujours le même pour chaque type de délit (« Tatbestand ») ; les mobiles d'un délit cependant peuvent varier et ne peuvent pas être prévus par la loi (à moins qu'il ne s'agisse, comme nous l'avons déjà dit, de certains cas exceptionnels, où il est également fait mention, parmi les éléments constitutifs du crime, d'un mobile psychique déterminé). En outre le dol est, par sa nature même, toujours conscient ; le mobile en revanche peut être inconscient.

Si le but final diffère aussi du dol, les deux notions ont néanmoins un point commun : leur nature noétique (intellectuelle) : but

¹³ V. MAURACH, A.T., p. 231.

¹⁴ L'importance que revêt cette doctrine est, principalement, de nature dogmatique, mais elle a des répercussions pratiques considérables (V. STRATENWERTH, *loc. cit.*, ci-dessous). Néanmoins, la « subjectivisation » qu'elle apporte est d'importance secondaire au point de vue de l'approfondissement de la personnalité de l'accusé. P. ex., lors de l'application judiciaire de la peine, c'est l'acte qui constitue encore, selon les partisans de cette doctrine, le centre de gravité, et non la personnalité du criminel. Cf. MAURACH, *D. Strafrecht*, A.T., pp. 716 s. Tout au contraire, les Motifs du projet de code pénal hellénique, 1933, p. 114 — avec lequel la théorie en question n'a rien à voir — insistent sur le fait que le juge, lors de la fixation de la peine, doit avant tout prendre en considération la personnalité du criminel.

¹⁵ Cf. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 49 ad 59. De même MERLE-VITU, *Traité de droit criminel*, 1967, p. 437 et COSTIS, *Droit pénal* (en grec), t. II, 1928, p. 311.

final et dol sont, de ce fait, toujours conscients. Cependant, tandis que le dol s'arrête à l'accomplissement de l'acte punissable, le but final, lui, le dépasse ; en général, l'acte punissable constitue simplement un moyen par lequel le coupable cherche à atteindre son but final. Le contenu du dol est, dans chaque cas, exactement prévu par la loi ; les buts, en revanche, qui peuvent varier, en sont ignorés.

Tracer les limites entre les notions de but direct ou dessein (« Absicht ») et de dol est plus délicat. En effet, le but direct n'apparaît, selon l'opinion la plus largement admise, que comme la forme la plus intense du dol. En d'autres termes, le but direct ou dessein est le résultat immédiat, à l'accomplissement duquel vise l'auteur. Il se distingue du *dolus* (*directus*) simplex et du *dolus eventualis*, où le résultat est simplement voulu (dans le premier) ou simplement accepté, bien qu'il ne soit même pas vraiment voulu (dans le second). Mais le but direct (*Absicht*) et le dol simple forment les deux degrés du dol direct, le premier étant le plus intense des deux ¹⁶.

Il est des cas exceptionnels où la loi requiert l'existence d'un mobile spécial ou d'un but spécial comme élément subjectif, constitutif de certains délits. Dans ces cas-là — appelés dans la science pénale « *dolus specialis* » ou « subjective *Unrechtselemente* » ou « subjektive *Tatbestandsmerkmale* » — se présentent les problèmes suivants : quel est le contenu notionnel de ces éléments subjectifs et quelle est la relation existant entre eux et le dol ? ensuite, quelle est leur nature juridique et quelle est leur place dans la structure du délit (*Tatbestand*), selon la dogmatique pénale ? Autant de questions auxquelles nous répondrons dans le chapitre II de la section B de la seconde partie de ce travail.

4. Nous devons nous poser ici la question suivante : peut-on déceler des mobiles ou un but final à l'origine des délits commis par imprudence (ou négligence) ?

En ce qui concerne les mobiles, nous ne croyons pas que l'on puisse sérieusement nier leur existence dans le cas des délits commis par imprudence. N'importe quelle action humaine a ses mobiles. Prenons un exemple : A conduit sa voiture à une vitesse excessive et

¹⁶ V. SCHWANDER, *op. cit.*, pp. 92-93 ; MEZGER-BLEI, A.T., pp. 187 ss. (*dolus directus* ersten Grades ou *Absicht*, *dolus* dir. zweiten Grades, *dolus eventualis*) ; JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 220 ss. (bien qu'il recoure à une terminologie différente : *Absicht*, dans laquelle le facteur volitif prédomine, *dolus directus*, dans lequel le facteur cognitif prédomine, *dolus eventualis*).

blesse involontairement B ; il peut avoir comme mobile le plaisir provoqué par la vitesse ou le désir de sauver le blessé qu'il transporte dans sa voiture (mobiles conscients), ou encore une tendance de compensation dont l'origine est à chercher dans un complexe d'infériorité (donc subconscient) éprouvé à l'égard d'une personne dont il tenta de devancer la voiture, etc.

La question est plus compliquée en ce qui concerne la possibilité de l'existence d'un but dans un délit commis par imprudence. Si pour certains auteurs le délit commis par imprudence et le but sont deux notions inconciliables, pour la plupart des pénalistes en revanche l'acte commis par imprudence comporte un but¹⁷. C'est à cette dernière opinion que nous nous rallierons pour notre part. Ceux qui nient cela, confondent, à notre avis, dol et but final. Le but est, comme nous l'avons dit plus haut, une représentation du résultat finalement recherché, situé au-delà de l'accomplissement objectif de l'acte punissable auquel, et auquel seul, se rapporte le dol. Il diffère par conséquent du dol. La coexistence du but final et de l'acte commis par imprudence n'est, par conséquent, pas exclue du point de vue notionnel, à condition toutefois de préciser que, dans ce cas, le but final est sans rapport avec le résultat direct, fruit de l'accomplissement objectif de l'acte commis par imprudence. Il a trait à un résultat ultérieur, différent du résultat involontairement obtenu. C'est à ce résultat ultérieur que visait l'auteur, qui ne désirait ou n'acceptait même pas, consciemment du moins¹⁸, le résultat atteint. Voici un exemple destiné à rendre plus clair ce qui précède.

A prend son fils de quatre ans sur sa motocyclette et lui enjoint de bien se tenir aux poignées du guidon. Il roule beaucoup trop vite pour l'âge de l'enfant ; celui-ci perd l'équilibre, est projeté dans un

¹⁷ Cf. à ce sujet MAURACH, *D. Strafrecht*, A.T., pp. 452 s. ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, 1965, Vorbemerkungen zum A.T., 32, p. 14 ; WELZEL, *Aktuelle Strafrechtsprobleme*, 1953, p. 6. Le but de l'acte commis par imprudence n'a certes aucun rapport, ni avec le but de l'intention délictueuse dans le sens attribué à ce terme par la théorie finaliste de l'acte, ni avec le but-élément constitutif du délit (c.-à-d. le but *direct* spécialement requis pour l'établissement de certains crimes spécifiques). Le but des actes commis par imprudence est le but *final* de l'activité dangereuse, c.-à-d. le but que le coupable cherchait à atteindre par l'action et que souvent il n'a pas pu atteindre.

¹⁸ Les psychanalistes estiment que souvent l'auteur d'un acte commis par négligence ou imprudence désire, dans son subconscient, obtenir le résultat direct atteint : v. HESNARD, *op. cit.*, p. 214. V. quelques explications psychologiques de l'imprudence consciente : GRASSBERGER, *La criminologie de l'accident de circulation*, in Bull. de la Soc. Int. de Crim., 1958, pp. 215 ss. et 223 ; HERZOG, *La prévention des infractions involontaires contre la vie et l'intégrité de la personne humaine*, t. I, p. 225 ; ROKOFYLLOS, *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence*, p. 41.

virage à une assez grande distance et meurt. A a commis un homicide. Cependant il ne désirait ni n'admettait cette issue, mais bien qu'il l'eût prévue, il espérait l'éviter. Par conséquent, il n'y a pas dol, pas même éventuel. Il s'agit uniquement d'un acte commis par imprudence. A a donc commis un homicide par imprudence. Or, A prit son enfant sur sa motocyclette pour faire une excursion. S'il roulait à vive allure, c'est qu'il avait appris, tandis qu'il se promenait, que son épouse avait été blessée. Il se rendait donc à toute vitesse à son secours. Les mobiles de cette action étaient l'angoisse qu'il ressentait de savoir sa femme en danger et son désir intense de la sauver. Son but final était donc le salut de son épouse.

Ainsi, ce n'est pas l'issue involontaire directe (le décès de l'enfant), mais les actions volontaires qui la provoquèrent (la prise du garçonnet sur la motocyclette et la vitesse excessive) qui avaient des mobiles (source de l'action) et un but final (auquel l'action tendait). Ces deux éléments psychiques ne peuvent être retenus pour l'établissement du crime ; ils ont cependant de l'importance, et l'on doit également en tenir compte dans un acte commis par imprudence pour en mesurer la valeur morale et établir le diagnostic de la personnalité de l'agent, c'est-à-dire déterminer la gravité d'imprudence de celui-ci ainsi que le degré et la gravité de sa disposition criminelle¹⁹.

5. Il reste à examiner la relation qui existe entre culpabilité et mobiles. Nous préférons, parmi les diverses définitions que l'on a données de la culpabilité, nous référer à celle de Stooss, puisqu'il est le père du CPS. Selon Stooss,²⁰ la culpabilité (« Schuld ») est « pflichtwidrige Beziehung des Täters zu seiner antisozialen Tat, die den Objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung bildet ».

Il s'agit donc d'une attitude subjective, psychique de l'agent, laquelle se rapporte à son acte illicite et est contraire au devoir moral (tel qu'il est conçu par le sentiment moral d'une certaine société). Selon Stooss, le « Vorwurf », la désapprobation sociale, n'est pas un élément normatif de la culpabilité qui puisse en être séparé²¹. Toutefois, une désapprobation sociale existe nettement dans la

¹⁹ Les dispositions des articles 79 § 3a, 82 § 1, 84 § 2, 99 et 100 § 1 du C.P. Gr., et des art. 63, 64, 41 du CPS sont, par conséquent, également applicables aux crimes commis par imprudence et il faut tenir compte des mobiles.

²⁰ Voir RPS, t. 41, p. 213.

²¹ SCHWANDER, *op. cit.*, p. 88, n° 177, écrit : « Schuld ist nicht Vorwurf, verdient aber Vorwurf. » C'est le contraire qu'admet la « normative Schuld-auffassung ». On en est même arrivé à soutenir que « Schuld ist Vorwerfbarkeit » (FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in Giessner - Festschrift, 1907, p. 11 ; MEZGER, *Strafrecht*, A.T., 1933, p. 250).

« Pflichtwidrigkeit ». Or c'est justement celle-ci qui complète la notion de culpabilité et qui lui confère la nuance de « faute ». Plus est grande l'opposition psychique de l'auteur d'un acte à son devoir envers la société (c'est-à-dire son opposition à la conception morale de la société à laquelle il appartient), plus sa faute est grave. Plus son opposition à la morale sociale est petite, plus sa faute est légère.

Il ne nous semble pas inopportun de signaler ici que les mobiles n'influent pas sur la structure des deux formes juridiques de la culpabilité, c'est-à-dire l'intention (ou dol) et la négligence (ou imprudence), mais seulement sur la « Vorwerfbarkeit », ou degré de désapprobation, qui dépend de la faute morale de l'agent. Les formes de dol et de négligence connaissent quelques degrés légaux — dol direct et dol éventuel, négligence consciente (bewusst) et inconsciente (unbewusst) — mais ces notions sont indépendantes des mobiles²². Ainsi, un dol éventuel peut avoir des mobiles très bas et un dol direct peut en avoir d'honorables, et cela malgré le fait que le dol direct constitue un degré de dol plus intense que celui que représente le dol éventuel.

²² V. *supra*, prem. p., chap. III, n° 3.

Il n'y a que quelques adeptes extrémistes de la « Gefühlstheorie », ou théorie du sentiment, qui lient la notion de dol éventuel aux mobiles au sens large, y compris la mentalité, « Gesinnung » (BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 31 ss., notamment p. 52 n. 44 ; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, pp. 233 ss.). La majeure partie des adeptes de la « Gefühlstheorie », qui prédomine actuellement, soit sous la forme de théorie du consentement, « Einwilligungstheorie », soit sous la forme de théorie de l'indifférence, « sich-Abfindentheorie » (v. WELZEL, *Das d. Strafrecht*, 1969, pp. 69 s. ; JESCHECK, *Lehrbuch*, 1972, pp. 224 s., ne considère que la théorie de l'indifférence comme « Gefühlstheorie ») ne lient pas la notion du dol éventuel aux mobiles. La théorie de la probabilité, « Wahrscheinlichkeitstheorie », presque abandonnée de nos jours, ne lie pas non plus le dol éventuel aux mobiles.

A notre avis, les mobiles ne sont pas un élément de la notion de dol éventuel. Ils ne peuvent être pris en considération que pour l'appréciation qualitative de cette forme du dol, comme de toute forme de culpabilité. Le TF en admettant la théorie du consentement (ATF 69 IV 79, 86 IV 17 E6, 87 IV 71 s.) ou celle de l'indifférence (75 IV 5, 81 IV 202, 84 IV 128) n'a pas lié ce dol aux mobiles du délit, sinon de façon tout à fait exceptionnelle et indirecte (JdT 1960 IV 66, qui parle de « manque de scrupules »). Sur la question très controversée de la notion de dol éventuel v. dans la riche bibliographie relative à ce sujet les ouvrages suivants, outre les ouvrages déjà cités : BAUMANN, *Untersuchungen zur Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1969 ; SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, 1968 ; AMBROSIUS, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, 1966 ; JESCHECK, *Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechenbegriff*, in Festschrift für E. Wolf 1962, pp. 473 ss. ; SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes*, in Sauer-Festschrift, 1949, pp. 207 ; GERMANN, *Vorsatzprobleme*, in RPS 77, pp. 357 ss. ; SCHWANDER, *op. cit.*, pp. 96 s. ; THORMANN - v. OVERBECK, *op. cit.*, art. 18 Bem. 29 ; STRATENWERTH, *Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit*, in ZStW. 71, pp. 51 ss. ; MAURACH, A.T., pp. 261 ss. ; MEZGER-BLEI, A.T., pp. 187 ss.

Nous dirions que les quatre degrés de culpabilité mentionnés plus haut constituent un échelonnement *quantitatif* de culpabilité, *fondé sur le lien unissant résultat délictueux et processus volitionnel*. Dans la négligence inconsciente il n'existe aucune volonté, pas même une prévision du résultat délictueux. Dans la négligence consciente il existe une prévision du danger, mais il existe également l'espoir d'éviter ce danger : la volonté est donc absente, mais on est beaucoup plus proche d'elle, on lui pose déjà des questions, auxquelles elle répond par la négative. Dans le dol éventuel, la volonté intervient déjà en répondant à ces questions de façon positive en quelque sorte, c'est-à-dire en consentant au résultat éventuel (Einwilligungstheorie), ou en y restant indifférente et en s'en accommodant (Sich-Abfindentheorie). Dans le dol direct, la volonté répond carrément de façon positive : le résultat délictueux est nettement voulu.

Ainsi le degré quantitatif de culpabilité est proportionnel au degré de volonté du résultat.

Les mobiles en revanche, qui supposent une pénétration psychique beaucoup plus profonde, nous permettent un examen plus subtil de la faute ; ce sont eux qui confèrent à cette dernière (apparaissant sous la forme juridique du dol ou de la négligence) sa nuance qualitative-morale. Ils sont les indices du degré de l'écart entre l'attitude morale de l'auteur et la conception morale de la société. *Ainsi, le degré de culpabilité au point de vue qualitatif* (c'est-à-dire la réprobation sociale ou morale, « Vorwerfbarkeit », qu'entraîne un acte concret) est proportionnel au degré *d'antisocialité ou immoralité*²³ des mobiles.

Le caractère antisocial des mobiles est, par conséquent, un élément qui peut influencer de façon proportionnelle sur la culpabilité, et ce, qualitativement. C'est justement le degré d'antisocialité des mobiles qui permet de nuancer la culpabilité lors de la fixation de la peine²⁴.

²³ Sur la notion de l'immoral ou antisocial, v. *infra*, n° 6.

²⁴ Notre conception relative à l'influence exercée par les mobiles sur la culpabilité et notamment sur la gravité de celle-ci (autrement dit sur la « reprochabilité » sociale ou morale que cette dernière contient) constitue, à notre avis, une certaine solution du problème justement posé par GSCHWIND (*Zur Kriminologie des Vorsatzes*, in Rechtsfindung, Festschrift für Germann zum 80. Geburtstag, pp. 59 ss., tout particulièrement p. 73) c'est-à-dire du problème de l'antinomie existant entre la notion psychologico-criminologique du dol et la notion juridique de celui-ci. Sur ce sujet, v. également : HIMENEZ DE ASÚA, *Les problèmes modernes de la culpabilité*, in Hommage à J. Constant, pp. 147 ss. ; G. LÉVASSEUR, *Etude de l'élément moral de l'infraction*, in Annales de la Fac. de Droit de Toulouse, 1969, pp. 81 ss.

La distinction faite ci-dessus entre quantité et gravité de la culpabilité pourrait

L'influence qu'exercent les mobiles sur la culpabilité, et notamment sur la réprobation (« reprochabilité », Vorwerfbarkeit, Vorwurf) contenue dans celle-ci, peut parfois aboutir à la disparition de toute « reprochabilité », s'il existe en plus certaines circonstances objectives ; celles-ci, combinées avec des mobiles qui ne sont pas antisociaux, rendent l'acte excusable²⁵.

Quant au degré d'appartenance de ces mobiles à la personnalité du délinquant, il ne servirait pas à mesurer sa culpabilité, car l'harmonie de l'acte avec la personnalité de son auteur, en d'autres termes, le fait que celui-ci a agi sous la pression de facteurs endogènes, n'est pas, du moins le plus souvent, un indice de faute accrue. En effet, plus les facteurs endogènes sont enracinés dans la personnalité du délinquant, plus ils le poussent vers le crime. Ainsi, un délinquant grave, à tares biopsychiques héréditaires, ou qui a manqué d'éducation dans sa famille dissoute, ou qui, en raison de ses relations avec ses parents pendant l'âge tendre, s'est formé une personnalité antisociale, etc., présente une disposition au crime beaucoup plus grande qu'un homme moyen ; il est donc moins fautif que cet homme moyen, si, sous la pression de facteurs endogènes, il succombe à la tentation criminelle. C'est ainsi que nous nous trouvons devant des cas où l'appartenance des mobiles à la personnalité de l'auteur est inversement proportionnelle à la culpabilité. En revanche, le fait d'avoir agi sous l'influence de facteurs exogènes très pressants pourrait indiquer une culpabilité atténuée.

Par conséquent, *le critère du degré d'appartenance des mobiles à la personnalité de l'agent ne peut pas servir d'indice du degré de culpabilité, parce qu'il n'existe pas de relation quantitative constante entre ces deux notions.*

6. Ordinairement les mobiles des délits sont immoraux ou antisociaux à de différents degrés. Mais il est des cas où ils ne le sont pas, et parfois même ils sont honorables et respectables.

Il nous paraît nécessaire d'examiner de façon plus approfondie les notions de « mobile moral » et de « mobile immoral ».

également étayer l'avis de certains auteurs (p. ex. LISZT-SCHMIDT, *op. cit.*, p. 258 n. 3 ; MEYER, Rapport présenté au VIII^e Congrès Int. Dr. Pén., in RIDP 1961, p. 1111 ; ROKOFYLLOS, *op. cit.*, p. 8) qu'une gradation a priori entre imprudence inconsciente et consciente est injustifiable ; elle l'est en fait, si l'on veut apprécier la gravité qualitative (morale) de l'imprudence.

²⁵ La relation existant entre les causes d'excuse et les mobiles est examinée de façon plus détaillée *infra*, pp. 223 s. et 251.

A notre avis ces termes sont synonymes respectivement de « mobile social » et de « mobile antisocial »²⁶. Une conception métaphysique de la moralité n'a sans doute pas de place dans le domaine du droit. Mais, au fond, qu'est-ce qui est moral, sinon ce qui est utile à la société, à autrui — et non pas à nous-mêmes de façon égoïste et aux dépens d'autrui ? La moralité, lorsqu'on parle de phénomènes sociaux, ne peut être autre chose que l'effort de se comporter d'une façon utile à la société. Le contraire, c'est-à-dire un comportement égoïcentrique et préjudiciable à la société, serait donc immoral²⁷.

Le caractère antisocial ou social des mobiles ainsi que le degré du caractère antisocial doivent être jugés selon le sentiment moral de la société à laquelle appartient le délinquant. Ce jugement doit être rendu, conformément à l'opinion la plus correcte, en tenant compte également de l'acte perpétré²⁸, en particulier du dommage visé et provoqué par l'auteur (importance des biens lésés, degré et étendue de la lésion) ainsi que des circonstances dans lesquelles il a été commis. Il est vrai qu'un mobile déterminé est essentiellement social ou essentiellement antisocial (par exemple, la cupidité, la méchanceté, la vengeance sont des mobiles antisociaux ; en revanche, la compassion, l'amour filial, le désir d'accomplir un devoir sont des mobiles sociaux). Mais un certain mobile est d'autant plus antisocial que le dommage que l'auteur a voulu provoquer est plus grave. Il est même possible qu'un mobile, qui n'est pas en lui-même antisocial, le devienne, en raison de sa grande intensité, laquelle a provoqué une lésion très grave à un bien très important.

²⁶ Consulter sur ces notions FERRI, *Sociologia Criminale*, t. II, pp. 263 ss. ; v. LISZT, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, in ZStW., 1896, XVI, pp. 47 ss. ; GRISPIGNI, *Dir. pen. italiano*, t. I, p. 221 ; SANTORO, *Dir. penale*, 1952, p. 197 ; GRUHLE, *op. cit.*, pp. 124 s. (il met particulièrement l'accent sur la relativité de la notion de bien et de mal, de moral et d'immoral dans chaque société). MEISSNER nie l'appréciation morale des mobiles, cf. *Motiv und Gesinnung im Strafrecht*, 1903, p. 49. Selon lui, le jugement de valeur ou de non-valeur n'appartient qu'à la « Gesinnung », à la structure psychique d'une personnalité quelconque, *op. cit.*, pp. 50, 51, 58. Cf. à la page 42, la définition qu'il donne de la « Gesinnung » (= die psychische Eigenart des Individuums), cependant que LISZT dénie toute appréciation de valeur morale à la « Gesinnung » même (*loc. cit.*).

²⁷ La divergence de vues donc entre v. LISZT et STOOSS (qui porte sur le critère social) dans leurs articles précités nous paraît vaine.

Nous examinons la question exclusivement selon l'optique du droit. D'ailleurs les considérations métaphysiques et les règles morales des religions n'infirmieraient guère cette conception de « moralité », au contraire ; mais là n'est pas notre propos.

²⁸ Cf. Ugo CONTI, *Sempre dei moventi a delinquere*, in Rivista Penale, janvier 1900, p. 270 ; PECORARO-LOMBARDI, *Tentativo di una teoria dei moventi a delinquere*, in Circolo Giuridico, t. XXVI, fascicule d'avril-juin 1895 ; *supra*, pp. 71 s.

Ce postulat peut être démontré de façon plus précise au moyen de différents actes ayant le même mobile, mais ayant causé des dommages de gravité diverse.

Si celui dont le mobile est de s'affirmer sur le plan social et de surpasser son concurrent agit avec honnêteté et loyauté, il aura l'estime et le respect de tous ; le mobile qui l'incite n'est pas anti-social mais social, puisqu'il contribue au progrès de la société. Si, en revanche, ce mobile le pousse à calomnier son concurrent, son ambition revêt désormais, en raison d'une intensité excessive, le caractère d'un mobile antisocial qui a poussé le calomniateur à offenser l'honneur de son prochain. Si, d'autre part, cette intensité est telle qu'il organise le meurtre de son concurrent, le caractère anti-social de son mobile est d'autant plus grand qu'il l'a amené à attenter aux jours mêmes de son adversaire.

Il existe des cas où différents agents font appel au même mobile, mais celui-ci présente un caractère social ou antisocial qui varie énormément ; cela parce que le vrai contenu du mobile varie lui aussi et qu'il ne s'agit du même mobile qu'en apparence seulement.

Tel est le cas des mobiles « politiques ».

Dans la théorie pénale, on admet comme règle que les délits qui sont dus à une idéologie politique ont des mobiles honorables non antisociaux et souvent même sociaux ; ils doivent de ce fait entraîner une peine atténuée ou non déshonorante. Mais, à notre avis, lorsqu'il s'agit d'un conflit de devoirs opposant le devoir moral au devoir légal, l'agent pourrait être justifié ou excusé s'il néglige le devoir légal²⁹. Tout particulièrement dans le cas où les citoyens sont privés par un régime totalitaire des moyens légaux de réaction contre la tyrannie,

²⁹ V. sur ce sujet *infra*, pp. 246 ss., tout partic. p. 248. Cf., sur le délit politique LOMBROSO et LASCHI, *Il delitto politico e le rivoluzioni*, Torino, 1890 ; GAROFALO, *Criminologie*, p. 257 ; FERRI, *Sociologia Criminale*, 1930, t. II, p. 263 ; ANCEL, *Le crime politique et le droit pénal au XX^e s.*, in Rev. d'histoire et constitutionnelle, 1938 ; RADBRUCH, *Der politische Mord*, in Süd. J.Z., 1949, pp. 311 s. ; J. GRAVEN, *La limitation du droit de punir de l'Etat par les droits de l'homme*, in R. Dr. P. Cr. 1950, pp. 173 ss. ; P.A. PAPADATOS, *Le délit politique*, 1954, pp. 89 ss. ; VALLINDRAS, *L'importance criminologique des mobiles* (en grec), 1971, pp. 59 ss. C'est en raison du caractère non déshonorant de ces délits que l'extradition n'est pas appliquée. Sur le délit politique et l'extradition, v. Actes X^e Congrès Int. Dr. Pén., in RIDP 1970 (Rapports sur l'extradition) ; SCHULTZ, *La Convention Européenne d'extradition et le délit politique*, in En hommage à J. Constant, pp. 313 ss. Il est à noter que dans la Grèce ancienne le sentiment moral du peuple athénien a déjà su respecter Harmodios et Aristogiton, qui tuèrent en 514, mus par leurs convictions démocratiques, Hipparque, fils de Pisistrate et frère du tyran Hippias. Les Athéniens, après la restauration de la démocratie, érigèrent des statues en leur honneur. Une rue d'Athènes porte encore aujourd'hui leur nom.

la résistance par la violence doit être considérée comme justifiée, puisqu'elle est nécessaire pour défendre des droits légitimes — droits qui sont même d'une importance primordiale.

En revanche, il est des cas où le mobile « politique » n'est qu'un mobile d'opportunisme politique chez des personnes qui ne visent qu'à obtenir ou à prolonger à tout prix la détention du pouvoir³⁰. Ce mobile ne peut pas constituer un mobile social qui atténue la culpabilité, mais doit être au contraire considéré comme un mobile anti-social aggravant la faute de l'auteur. Il en est de même de certains délits de prétendue « utilité nationale ou sociale ». Tels sont les crimes horribles qui furent organisés et perpétrés par les nazis contre les israélites et les malades incurables³¹.

Ces crimes avaient un mobile prétendument social, c'est-à-dire le désir de faire du peuple germanique une race pure et saine, mais cela par l'atteinte aux droits les plus sacrés de certains individus.

Il est douteux que, pour juger du caractère social du mobile dans ces cas-là, le sentiment moral de la société au sein de laquelle naquirent ces délits soit un critère suffisant, puisque celle-ci n'a pas pu, en raison du système politique, manifester sa réaction. Il faut recourir à certaines valeurs morales fondamentales qui ont de tout temps constitué, implicitement ou explicitement, des principes fondamentaux du Droit³² et que le *droit international a expressément consacré de nos jours* dans le monde entier par des déclarations et des conventions internationales³³.

Ainsi, il nous semble qu'en ce qui concerne les délits qui ont trait au respect de la personne humaine et de ses droits fondamentaux, c'est un sentiment universel qui vient de se former relativement à leur

³⁰ Tel est, par exemple, le cas de délits commis par un petit groupe de conspirateurs pour usurper le pouvoir.

³¹ V. sur ce sujet, p. ex., les arrêts de la Cour Supérieure Zone Britt. (OGH) I 335 et 2 122. V. aussi SCHMIDHAÜSER, A.T., p. 380 ; MAURACH, A.T., p. 391 et références ; RADBRUCH, *Die Vernichtung des sogenannten « lebensunwerten Lebens »*, in Süd. J.Z., 1947, pp. 621 ss. ; SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorb. 93 § 51 et références (relativement aux médecins qui appliquèrent l'« euthanasie »).

³² Hermann Weinkauff, Président du BGH, dans une conférence qu'il a faite à Karlsruhe le 24 février 1956 soutint cette opinion dans des termes très remarquables : « ... Même dans le cas où un peuple accepterait de se soumettre inconditionnellement et servilement à un tyran, un tel acte devrait être jugé juridiquement comme nul, parce qu'il heurterait le Droit dont le principe fondamental repose sur la conception qu'aucun individu, aucun peuple ne peut se livrer à autrui dans le sens d'une complète aliénation de son auto-détermination et de sa responsabilité » (citation prise dans l'ouvrage déjà cité de Vallindras, p. 67).

³³ En effet, le principe du respect de la personnalité humaine et de ses droits fondamentaux est actuellement consacré par la Charte des Nations Unies, la Déclaration des Droits de l'Homme des N.U., la Convention de Rome de 1950, etc.

caractère moral ou immoral. Ce sentiment universel doit, dans ces cas, remplacer, comme critère de socialité ou de moralité, le sentiment d'une société déterminée, lequel constitue le critère ordinaire.

Il est à noter que de nos jours on juge nécessaire d'assurer la protection des droits fondamentaux de l'homme et du citoyen par des dispositions pénales spéciales, dispositions qui seront beaucoup plus efficaces si elles sont stipulées par un accord international et imposées par un organe judiciaire international ³⁴.

7. Les notions de mobile, de disposition criminelle et de tendance nécessitent également une étude comparative plus approfondie. En effet, en raison du sens profond que nous avons donné au terme de mobile, sens proche des racines psychiques de l'acte, les notions de disposition criminelle et de mobile risqueraient d'être confondues.

La disposition criminelle (en allemand « Anlage », parfois « Gesinnung », en italien « disposizione » ou « predisposizione ») est la résultante plus ou moins constante de la synthèse de plusieurs tendances, sous l'effet de laquelle un individu cède plus facilement que l'homme moyen aux mobiles criminels ³⁵. Les tendances (Tendenzen, Gesinnung) sont, par ailleurs, des orientations psychiques dues à un besoin pulsionnel quelconque ³⁶. C'est pourquoi la disposition criminelle varie d'un criminel à l'autre, non seulement en intensité, mais encore en qualité, en raison des tendances qui se combinent et de leur intensité.

³⁴ V. sur ce sujet J. GRAVEN, *La définition et la répression des crimes contre l'humanité*, in Rev. Dr. Intern. (Sottile) 1948, pp. 1 ss. ; PELLA, *Considérations sur un code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, in Rev. Dr. Intern. (Sottile) 1950 ; W. ROSENTHAL, *Das neue politische Strafrecht der D.D.R.*, 1968 (pp. 30 ss.) ; F.C. SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970 (en partic. conclusions pp. 478 ss.). Nous notons que le procès de Nuremberg introduisit la criminalisation, sur un plan international, de certaines atteintes graves aux droits imprescriptibles de l'individu.

³⁵ Le criminel dispositionnel n'est pas le criminel-né de Lombroso : sa disposition au crime ne représente pas — sinon dans des cas rares — une fatalité, mais seulement une probabilité, plus ou moins grande, de commettre des actes délictueux ; de plus, cette disposition peut avoir sa source aussi bien dans des causes biologiques que dans des causes provenant du milieu qui influèrent sur l'évolution psychique. V. ANTOLISEI, *Manuale*, p. 527.

³⁶ Elles sont donc de nature physiopsychique, v. DI TULLIO, *Principes*, p. 274. Cf. GORPHE, *op. cit.*, pp. 1642 et 1959. MEISSNER, dans *Motiv und Gesinnung*, p. 42, donne un sens par trop étendu à « Gesinnung » (= « die psychische Eigenart des Individuums »).

La tendance, au sens susmentionné, a le sens d'un trait personnel plus ou moins permanent. En revanche, la tendance des « Tendenzdelikte » n'est pas une vraie tendance, mais un état d'âme passager, existant au moment de l'exécution du délit. V. *infra*, p. 271.

La disposition criminelle constitue un élément de la personnalité et, en particulier, du caractère d'un individu. Cette personnalité dans son ensemble, et notamment le caractère (tout particulièrement la disposition criminelle éventuellement existante), répondent aux stimuli extérieurs et engendrent les mobiles de chaque acte criminel. Il arrive souvent que l'un des besoins pulsionnels, l'une des tendances, prédomine lors de la synthèse des diverses tendances qui composent la disposition criminelle. Lorsque nous disons qu'un tel a commis un acte « par cupidité », nous n'entendons pas par là que cette tendance seule constitue sa disposition criminelle — bien au contraire, d'autres tendances interviennent également dans la constitution de celle-ci —, nous voulons dire simplement que c'est elle qui fut décisive ³⁷.

L'état dangereux (dangerosité, périculosité ou redoutabilité) est la conséquence de la disposition criminelle : toute personne ayant une disposition criminelle est dangereuse du point de vue du droit pénal. Dans la pratique, ces deux notions sont généralement employées indistinctement, puisque la périculosité *en droit pénal* ne signifie rien d'autre que la disposition au crime ³⁸.

Certains auteurs incluent dans les mobiles *la tendance* même qui en est à l'origine ³⁹. La tendance, en tant que trait de caractère, est

³⁷ Cf. GORPHE, *op. cit.*, p. 1641. Le psychiatre hongrois SZONDI a donné à la notion de tendance un contenu très concret et très dynamique : il lui a assigné un rôle propre à chaque tendance (ou pulsion). C'est sur ces pulsions qu'est fondé le test de projection dit test de SZONDI, diagnostic psychique connu, que le juge suisse H. WALDER a rapproché des divers types de criminels pour obtenir d'excellents résultats psychodiagnostiques. Il établit pour chaque type des subdivisions en catégories principales et en catégories secondaires par rapport aux tendances existant dans l'individu concret et à l'intensité de chacune d'elles lors de leur combinaison. Cf. H. WALDER, *Le test de Szondi comme moyen de recherche en psychologie criminelle*, Connaissance de l'homme, 1956.

³⁸ V. sur ce sujet GRISPIGNI, *Dir. pen. italiano*, t. I, p. 178 ; ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen.*, P.G. 1952, pp. 351 s.

³⁹ V. aussi *supra*, p. 84. Les auteurs suivants partagent cet avis : GRUHLE, *Motiv und Ursache in der Kriminologie*, *op. cit.* ; GARDIKAS, *Les crimes impulsifs*, Ann. Pén., 1965, p. 67 (en grec) ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 233 ; A. THOMSEN, *Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs*, 1902. Consulter également MAURACH, *B.T.*, pp. 30 s. ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, § 180 (délit de proxénétisme), considère l'expression « Aus Eigennutz » comme un mobile, « Beweggrund », Bem. 19. Il était encore plus précis dans l'interprétation du § 20, en particulier de l'expression « ehrlose Gesinnung », qui existe lorsque les mobiles (« Motive ») de l'auteur sont exclusivement malhonnêtes (« unehrenhaft »). Il fait cependant une distinction entre eux, car il soutient que lorsqu'il existe plusieurs « Motive », la peine de réclusion est infligée seulement dans le cas où ceux-ci trouvent leur origine dans une « Gesinnung » malhonnête. Ce par. fut modifié en 1969. KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 1961, III, § 20, interprète la « Gesinnung » comme une « konstante Willensrichtung und Stellungnahme gegen die sittlichen Werte ». Il convient de signaler que certains auteurs donnent

plus constante que le mobile proprement dit, lequel est, d'après ce qui précède, la réponse de la texture affective de la personnalité, donc aussi des tendances, à des conditions extérieures spécifiques. La tendance pourrait cependant être considérée comme mobile, au sens large du terme, autrement dit comme une *cause psychique de l'acte*, parce que le mobile, notamment le mobile principal, provient de la tendance principale qui est aussi de caractère pulso-affectif. C'est pourquoi, non seulement dans la pratique, mais encore dans la théorie, la tendance est considérée comme un mobile ou une cause motrice, la notion étant prise dans une acception large. La tendance, lorsqu'on l'examine en même temps que les mobiles proprement dits et les mécanismes de leur apparition, constitue un élément très utile au diagnostic de la personnalité du criminel.

8. La disposition criminelle d'un individu quelconque se manifeste lorsqu'il y a conflit entre ses intérêts et ceux d'autrui ; ce conflit provoque un sentiment désagréable qui indique comme issue l'acte criminel (mobile).

Tout acte délictueux ne révèle pas une disposition criminelle.

Par exemple : A, qui n'a jusqu'alors déployé aucune activité criminelle, commet un homicide sur la personne de B. Il est possible qu'il ait agi sous l'effet de circonstances externes particulièrement oppressives, de sorte que le mobile principal de son acte fut engendré par des facteurs presque exclusivement exogènes. On ne décèle pas chez cet homme de disposition criminelle ; si elle existe, elle est très faible.

C'est tout le contraire de C qui commet lui aussi un homicide. Les mobiles de son acte ne relèvent de facteurs exogènes que dans une faible proportion, alors qu'ils sont largement dus à des facteurs endogènes, c'est-à-dire que les circonstances extérieures qui l'incitèrent au crime et qui firent naître en lui ce sentiment oppressif que la

également le nom de « *Gesinnung* » à l'ensemble de la disposition criminelle. Cf. v. LISZT, *Die psychol. Grundlagen...*, loc. cit., pp. 497 ss. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, Bem. 4, § 211, p. 1114. Pour la notion de « *Beweggründe* » selon cet auteur cf. Bem. 7, § 211, p. 1115. Consulter également OLSHAUSEN, *Kommentar* 1927, § 180, t. II, pp. 11-33. V. aussi *supra*, p. 19 et p. 84. — Il est à noter qu'ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, L. 2, chap. V, fait une distinction très nette entre « *πάθη* » (= phénomènes affectifs, v. 2 de ce même livre d'ARISTOTE et *supra*, p. 13, n. 1) et « *ἕξεις* » (= dispositions), *ibidem*, où le philosophe dit que les premiers nous mettent en mouvement, tandis que les seconds créent seulement certaines dispositions : « *κατὰ μὲν τὰ πάθη κινεῖσθαι λεγόμεθα, κατὰ δὲ τὰς ἀρετὰς καὶ τὰς κακίας οὐ κινεῖσθαι ἀλλὰ διακεῖσθαι πῶς* ».

victime constituait pour lui un obstacle insupportable, et l'idée que la seule issue était la suppression de cet adversaire, ces circonstances extérieures concrètes, disions-nous, auraient trouvé chez un homme moyen une issue légale et normale. Dans ce cas les mobiles (en majeure partie endogènes) révèlent une profonde disposition criminelle.

Il est cependant possible qu'une personne à disposition criminelle ait agi du fait de mobiles n'ayant aucun rapport avec sa disposition criminelle. Par exemple, D, ancien assassin, tue S. Constatation faite, ce nouvel acte constituait un acte de légitime défense. Le mobile de son acte ne découle donc pas de sa disposition criminelle et ne la révèle pas ; il provient de facteurs exogènes extrêmement pressants.

A la lumière de ce qui précède, la règle est que les mobiles endogènes indiquent une disposition criminelle forte. L'inverse est également vrai : les mobiles exogènes indiquent une disposition criminelle faible ou n'indiquent aucune disposition criminelle du tout.

9. Nous n'estimons pas inopportun de donner ici quelques explications notionnelles supplémentaires. Nous soulignons donc le fait que les mobiles sont toujours intérieurs, psychiques ⁴⁰ ; ils sont cependant provoqués par des facteurs endogènes et exogènes, combinés dans des proportions différentes pour chaque acte. On considère comme facteurs exogènes les circonstances extérieures concrètes qui ont contribué au moment de la psychogénèse d'un crime à la naissance et à la prédominance des mobiles concrets de ce crime ; on appelle facteurs endogènes ceux qui ont leur origine dans la personnalité de l'auteur, notamment dans son caractère tel qu'il s'est formé sous l'influence des conditions biologiques et sociales dans lesquelles le criminel avait vécu jusque-là (soit jusqu'au moment qui précède le processus volitif, lequel aboutit à l'acte examiné).

Nous insistons sur le fait que le problème de l'influence qu'exercèrent les circonstances extérieures (le milieu dans son acception la plus large) *sur la formation de la personnalité de l'agent*, est totalement différent du problème de l'influence qu'exercent sur lui les circonstances extérieures existant *au moment où il prend sa décision délictueuse*.

En effet, les influences du milieu auxquelles fut soumis le criminel depuis la vie embryonnaire jusqu'au temps qui précède sa décision délictueuse ont fusionné avec les facteurs physio-biologiques pour former avec eux sa personnalité, grâce à une élaboration psycholo-

⁴⁰ V. BOUZAT-PINATEL, *op. cit.*, III (PINATEL, *Criminologie*), p. 68.

gique synthétique de ces divers facteurs. De la personnalité de l'auteur ainsi formée découlent les facteurs *endogènes* qui interviennent au moment où est prise la décision criminelle. Cependant, les conditions du milieu extérieur existant lors de la prise de la décision criminelle (les stimuli extérieurs) constituent les facteurs *exogènes*⁴¹. Quel que soit le facteur du crime, endogène ou exogène, il ne peut devenir un mobile qu'après être devenu un fait psychique « vécu », intérieur, et de caractère affectif.

Les facteurs exogènes sont parfois si puissants que l'homme moyen pourrait difficilement ne pas être amené à commettre un acte criminel, ou ayant du moins une apparence criminelle. Ceux-ci sont, dans certains cas, si forts que le droit pénal reconnaît la suppression du caractère injuste de l'acte (par exemple, cas de légitime défense, cas de nécessité) ou de la culpabilité (en raison de ce qui n'est pas humainement évitable, « subjektives Unvermögen »).

Cependant il existe dans l'activité humaine une gamme de combinaisons de facteurs endogènes et exogènes quantitativement très variées avec prépondérance des uns ou des autres. Elle s'étend des cas extrêmes de pression insurmontable (pour l'homme moyen) de facteurs exclusivement exogènes à l'extrême opposé qu'est la pression de facteurs presque exclusivement endogènes.

Comme nous l'avons déjà constaté plus haut, il existe donc une relation *quantitative* constante entre disposition criminelle ou périculosité et facteurs endogènes, cependant qu'une telle relation n'existe pas entre culpabilité et facteurs endogènes. Il y a même des fois où, en raison de facteurs endogènes très forts, de graves tares biopsychiques par exemple, la disposition criminelle est très grande, alors que la culpabilité est très ténue ou même inexistante (dans le cas d'irresponsables dangereux) ; ce qui signifie qu'il existe des cas où la disposition criminelle (ou périculosité) est inversement proportionnelle à la culpabilité⁴².

⁴¹ Cf. EXNER-KALMAR-FISCHER, *Criminologia*, 1953, pp. 29-38 et SEELIG-BELLAVIC, *Lehrbuch der Kriminologie*, 1963, p. 151.

⁴² Nous soulignons ici que culpabilité et périculosité sont des notions bien distinctes qui ne vont pas de pair. Dans ce sens, BAUMANN, *Strafrecht*, 1968, p. 95 ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 234 n° 429 et p. 252 n° 447 ; MAURACH, A.T., pp. 58 ss. ; BETTIOL, *Dir. Penale*, pp. 337 ss. Néanmoins, la confusion de ces deux notions n'est pas rare (v., p. ex., GRÜNHUT, *Gefährlichkeit als Schuld-moment*, in Aschaffenburg - Festschrift, pp. 87 ss. ; FLORIAN, *Trattato*, P.G., 1934, p. 438).

Nous résumons ci-après les différences essentielles qu'il y a entre culpabilité et périculosité :

a) La culpabilité revêt un caractère de « reprochabilité », de faute, ce qui

Nous pourrions résumer ce qui précède en énonçant le principe suivant : *la disposition criminelle (donc la périculosité) est directement proportionnelle aux facteurs endogènes et inversement proportionnelle aux facteurs exogènes* ⁴³.

10. C'est ce qu'admet en substance Altavilla ⁴⁴ lorsqu'il énonce le principe suivant : plus un certain crime relève de la structure (struttura) psycho-morale de l'auteur, plus celui-ci sera dangereux ou, en d'autres termes, plus sa disposition criminelle sera grande.

Il explique ce principe ⁴⁵ en soulignant que, dans la plupart des cas, ce n'est pas le stimulus extérieur qui crée le mobile, mais bien un besoin organique intérieur qui oriente l'auteur vers la création de certaines conditions, d'un état déterminé qui donne naissance par la suite au mobile.

Une théorie analogue, mais cependant différente, en droit pénal, est celle du « Tätertyp », c'est-à-dire celle de *l'auteur typique* d'un

n'est pas le cas de la périculosité, alors même qu'on tient compte de sa gravité, proportionnelle à l'écart existant entre le sentiment moral de l'agent et celui de la société.

b) La culpabilité n'existe que chez une personne responsable, tandis que la périculosité existe indépendamment de toute responsabilité.

c) La culpabilité ne repose que sur l'examen du psychisme contemporain de l'acte et antérieur à celui-ci ; la périculosité, en prenant en considération ces points chronologiques, s'intéresse surtout à l'évolution psychique du délinquant dans l'avenir.

d) La culpabilité entraîne une sanction rétributive ; la périculosité, une sanction neutralisant le danger, laquelle vise essentiellement à la prévention spéciale.

⁴³ Plusieurs formules mathématiques ont été proposées au sujet des différents facteurs criminels. Cf. ces formules notamment dans EXNER-V. KALMAR-FISCHER, *Criminologia*, Milano, 1953, pp. 302-304. Cf. les formules mathématiques proposées par celui-ci ainsi que par d'autres auteurs in SEELIG-BELLAVIC, *Lehrbuch der Kriminologie*, 3^e éd., 1963, pp. 152-153 ; HURWITZ, *Criminologia*, MACRI, 1954, p. 398 ; ABRAHAMSEN, *Crime and the Mind*, London, 1945, p. 27.

La formule fondamentale de ce dernier est la suivante :
$$C = \frac{T+S}{R}$$
 (C = crime,

T = tendance ou disposition criminelle, S = situation, R = résistance). Si ces formules indiquent les facteurs du phénomène criminel, elles ne parviennent pas, à notre avis, à représenter le rôle réel que jouent ceux-ci dans chaque acte criminel. En effet, ce n'est ni par une addition ni par une multiplication ni par une opération arithmétique quelconque qu'il est possible, pensons-nous, de rendre l'élaboration synthétique et dynamique de ces facteurs qui se fait dans l'âme d'un auteur déterminé.

⁴⁴ *Teoria soggettiva del reato*, 1933, p. 92.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 124. V. une conception apparentée O. KINBERG, *Les situations psychologiques précriminelles*, in Bull. de la Soc. Intern. de Criminologie, 1951, pp. 11 ss.

type *d'acte punissable* (Tatbestand), type d'auteur auquel le législateur songeait lorsqu'il établit ce type de délit ; ce type d'auteur serait implicitement mais nécessairement requis pour chaque « Tatbestand »⁴⁶.

Certains pénalistes, parmi lesquels Mezger⁴⁷ qui joua un rôle prépondérant dans l'élaboration de cette théorie, admettent que le « Tätertyp » doit être à la base de tout délit ; la majeure partie d'entre eux, en revanche, n'admettent le « Tätertyp » que dans certains délits pour la constitution desquels la loi pénale requiert, exceptionnellement, un certain type d'auteur⁴⁸. Mezger complète cette théorie par la notion de la « Persönlichkeitsadäquanz » : plus l'acte criminel est en harmonie avec la personnalité de l'agent, plus haut est le degré de culpabilité de celui-ci.

Nous estimons toutefois que la théorie de Tätertyp ne pose pas le problème de façon correcte. En effet, le type *abstrait* de l'auteur de chaque acte correspond à un auteur dont l'acte pourrait se trouver à des degrés très divers en harmonie avec sa structure psychique. Mais, à notre avis, le degré auquel cet acte correspond à la structure d'un auteur *déterminé*, variant d'un individu à l'autre, doit être pris en considération seulement lors de l'application de la sanction pénale et simplement comme indice de la présence d'une disposition criminelle plus ou moins grande chez l'auteur.

La variété des mobiles possibles d'un type de délit (par exemple du vol) ainsi que la variabilité de pourcentage des facteurs endogènes et exogènes qui se combinent dans toute commission concrète du même délit, impliquent la *variété de types d'auteurs* (Tätertypen) *d'un seul type de crime* (Tatbestand)⁴⁹. Aujourd'hui cette théorie est généralement abandonnée et Mezger lui-même a changé d'opinion⁵⁰.

⁴⁶ D'où son nom de « tatbeständlicher Tätertyp » ou « normativer Tätertyp ». Sur ce sujet, v. particulièrement ZStW. 60 (1940-1941), pp. 353-423 (MEZGER, pp. 353-374 ; GALLAS, pp. 374-417 ; BOCKELMANN, pp. 417-423).

⁴⁷ Cf. *Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht*, in ZStW. 60, p. 362. De même DAHM, *Tätertyp im Strafrecht*, 1940.

⁴⁸ P. ex. § 211 du Code pénal allemand. V. en particulier SCHAFFSTEIN, *Deutsches Strafrecht*, 1942, p. 38. Cf. également MAURACH, *op. cit.*, A.T., pp. 212-214 ; WELZEL, *D. d. Strafrecht*, pp. 126 ss. Ce dernier qualifie l'auteur de ces délits comme « dauerndes Aktionszentrum bestimmter Handlungen ». Pour des exemples de tels délits présupposant des auteurs-types, v. l'art. 42 CPS, 90/1 C.P. Gr., §§ 181 et 20a du C.P. All. (en vigueur jusqu'en 1970).

⁴⁹ De plus, cette théorie enlève aux dispositions pénales leur caractère général et sûr, laissant au juge le droit de punir ou de ne pas punir l'auteur d'un délit, selon qu'il estime que celui-ci correspond ou non au type que le législateur avait imaginé comme auteur de ce délit.

⁵⁰ V. MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, A.T., 14^e éd., p. 62.

Cependant, même la théorie de la « Persönlichkeitsadaequanz » n'est pas correctement posée. Il n'est pas exact, en effet, de prétendre que le degré de la « Persönlichkeitsadaequanz » et celui de la culpabilité sont proportionnels ; d'ordinaire, au contraire, dans les cas où l'acte est tout particulièrement en harmonie avec la personnalité entière du délinquant, on constate une culpabilité diminuée. C'est que, dans ces cas, la structure bio-psychique du délinquant le pousse au crime de façon beaucoup plus forte que la structure biopsychique de l'homme moyen. La culpabilité de celui-là doit donc être plus ténue par rapport à celle de l'homme moyen. Mais la disposition au crime que présente le premier est plus forte que celle du second ⁵¹. Mezger lie donc à tort la « Persönlichkeitsadaequanz » à la culpabilité ⁵² ; Altavilla en revanche a raison de la mettre en rapport avec la disposition criminelle (ou la périculosité).

Une autre théorie du même auteur vient encore compléter celle de la Persönlichkeitsadaequanz. On la doit à l'effort fait pour justifier l'aggravation de la peine du délinquant habituel — qui a été introduite en Allemagne par le § 20a en 1933 — sans que l'on reconnaisse la notion de périculosité. Mezger alors préconisa la notion de « Täter-schuld », c'est-à-dire la faute de l'auteur qui consiste dans sa façon de vivre (« Lebensführungsschuld »), dans sa façon d'être, en un mot dans son caractère ⁵³. C'est un reproche (Vorwurf) adressé à l'individu pour son penchant au délit, puisqu'il était dans son pouvoir de se former une personnalité psychique différente. Une telle culpabilité existentielle, à côté de la culpabilité d'espèce (« Tatschuld »), justifierait une aggravation spéciale de la peine, fondée sur une base strictement rétributive.

Cette théorie est la conséquence logique de la théorie du « Tätertyp » ou au moins un phénomène parallèle à celle-ci ⁵⁴. Toutes les deux servent le même but, c'est-à-dire celui de pouvoir incorporer dans un système de droit pénal reposant exclusivement sur la culpabilité quelques dispositions qui y apparaissent comme des corps étrangers. La théorie du « Tätertyp » a essayé d'y parvenir par la personnalisation des types de délits, cependant que la théorie de la « Lebensführung » a tenté de retracer dans le passé plus ou moins

⁵¹ V. *supra*, ce même chap., pp. 113 et 121.

⁵² M.E. MAYER fait la même erreur, bien qu'il recoure à une formulation différente, v. M.E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten*, p. 184.

⁵³ V. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in ZStW. 57, pp. 688 ss. ; id., *Tatstrafe und Täterstrafe*, in ZStW. 60, pp. 370 ss.

⁵⁴ Dans ce sens, MAURACH, A.T., § 35 III 1 in fine.

lointain de l'agent une culpabilité accrue qu'on n'arrive pas à constater dans l'acte jugé.

La théorie de la « Lebensführungsschuld » est à rejeter pour plusieurs raisons ; nous n'en mentionnerons que deux qui sont capitales. Du point de vue criminologique, il faudrait pouvoir constater dans chaque cas le fait que l'individu concret aurait pu devenir autre que ce qu'il est. Cela signifie : 1° qu'il faut tenir compte de toute son évolution depuis sa naissance et de tous les facteurs physico-biologiques, sociologiques, psychologiques qui y ont joué un rôle ; 2° de plus, il faudrait non seulement déterminer la façon dont sa personnalité y a réagi, mais encore s'assurer du fait que l'individu *aurait pu réagir autrement* et qu'il aurait pu devenir une personne différente. Cette entreprise nous paraît surhumaine, au moins dans l'état actuel de nos connaissances ⁵⁵.

Cette constatation deviendra, de ce fait, une simple fiction, et l'on se contentera tout simplement de constater une culpabilité accrue toutes les fois que l'on se trouvera en présence d'une personnalité sérieusement disposée au crime. C'est en effet ce qui s'est produit ⁵⁶. Mais dans ce cas-là, on aboutit au principe selon lequel la disposition criminelle augmente la culpabilité, principe qui, comme nous l'avons dit, est fondamentalement faux ⁵⁷.

La théorie de « Täterschuld » est encore à rejeter parce qu'elle présente un danger sérieux pour les droits fondamentaux du citoyen : elle préconise, en effet, l'infliction d'une peine ou l'aggravation de la peine en raison simplement de la façon d'être de l'agent.

⁵⁵ Il ne s'agit donc pas simplement ou principalement de difficultés d'ordre procédural (comme paraissent l'admettre MANGAKIS, *Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit*, in ZStW. 75 (1963) p. 157 et JESCHECK, A.T., 1^{re} éd. § 38, IV, 1 ; néanmoins, v. 2^e éd. p. 317), mais surtout d'ordre psychologique (cf. dans ce sens SCHMIDHÄUSER, A.T., p. 290).

La psychologie actuelle défendrait plutôt une opinion contraire, puisque le caractère (source de nos actes) se forme *essentiellement* pendant l'âge très tendre, puis il subit quelques modifications et se complète surtout pendant l'adolescence. V. *supra*, chap. I, théorie de LAGACHE et d'ERIKSON. Par ailleurs, la liberté de volonté, sur laquelle repose cette théorie (v. JESCHECK, *loc. cit.*, p. 330), est scientifiquement indémontrable, de l'avis même des ennemis du déterminisme (v., p. ex., GEMELLI, *op. cit.*, p. 195).

⁵⁶ V., p. ex., WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, in ZStW. 60, pp. 328 ss. ; id., *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 1961, pp. 39 ss. ; BOCKELMANN, *Studien zum Tätersstrafrecht*, II, pp. 145 ss. ; MANGAKIS, *op. cit.*, p. 157.

⁵⁷ V., *supra*, à propos de la Persönlichkeitsadaequanz.

La « Täterschuld » fut fortement critiquée en Allemagne et ailleurs⁵⁸. Actuellement, elle n'est plus admise par la doctrine⁵⁹, sinon par certains auteurs et dans quelques cas exceptionnels⁶⁰. L'ouvrage même de Mezger-Blei, *Strafrecht*, A.T., dans sa dernière édition (page 368) ne l'admet plus qu'à titre exceptionnel, posant comme règle la « Tatschuld » et reconnaissant que la possibilité de prouver une telle faute de vie lors de l'application de la peine est douteuse (fragwürdig).

Cette théorie fut expressément rejetée par les deux projets allemands. La nouvelle teneur du § 42 du C.P. All. (« Sicherungsverwahrung », internement du délinquant habituel) a expressément introduit la notion de disposition criminelle et de périiculosité (ch. 2), cependant que le § 20a a été abrogé.

11. Le pourcentage des facteurs endogènes qui sont à l'origine de l'acte a été utilisé comme critère pour le classement des criminels, en raison même de l'importance qu'il revêt quand il s'agit d'établir le diagnostic de la disposition criminelle.

Liszt fait une distinction entre « Augenblicksverbrecher » et « Zustandsverbrecher » selon le caractère provisoire et aigu ou permanent et chronique de la disposition (« Gesinnung ») antisociale de l'auteur⁶¹.

⁵⁸ V., p. ex., A. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 187 s.; BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, A.T., 1967, pp. 474 s.; BAUMANN, *Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform*, 1965, p. 153; BETTIOL, *Azione e colpevolezza nella teoria dei tipi di autore*, in Riv. ital. dir. p., 1942, réimprimé in « Scritti Giuridici », 1966, t. II, pp. 535 ss.; du même auteur, *Dir. Penale*, 1966, p. 328; GUARNERI, *I delinquenti tipo*, 1942, pp. 28 s.

La théorie en question est, pensons-nous, étrangère au système pénal suisse : celui-ci admet d'une part la culpabilité d'espèce pour les peines, d'autre part la périiculosité pour les mesures de sûreté, dont l'internement du délinquant habituel. Néanmoins v. BJP, 1965, n° 134. Arrêt du Tribunal cantonal des Grisons qui, dans l'interprétation de l'art. 42, CPS — internement des habituels — se réfère, de façon erronée, à la « Lebensführungsschuld ». A titre exceptionnel, le CPS prévoit l'aggravation de la peine en raison de la dangerosité (art. 112, 137/2, 139/2). V. *infra*, p. 164.

⁵⁹ V. SCHMIDHAUSER, A.T., p. 289 s.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 51, Vorb. 86; BAUMANN, A.T., p. 347; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, p. 187; MAURACH, A.T., § 35 III 3.

⁶⁰ P. ex., JESCHECK, A.T., pp. 316 ss.; BETTIOL, *Dir. Penale*, pp. 330 s. RANIERI paraît admettre une conception mixte de la culpabilité : v. *I problemi della colpevolezza*, in Scritti e discorsi varii, t. II, pp. 478 ss.

⁶¹ V. *supra*, p. 79, et l'étude de LISZT qui y est citée (*Die psychologischen Grundlagen*). Fr. v. LISZT constitua ces deux catégories en améliorant celles de WAHLBERG (« Gelegenheits — und Gewohnheitsverbrecher »). Il distingue, à juste titre, le délinquant habituel (« Gewohnheitsverbrecher ») de celui qui l'est par disposition (*op. cit.*, p. 498).

Parmi les délinquants de la seconde catégorie, lesquels agissent sous l'effet de facteurs endogènes, il distingue ceux qui sont corrigibles de ceux qui ne le sont pas. C'est sur cette classification que repose de façon non satisfaisante et floue la politique criminelle de v. Liszt (il l'avoue d'ailleurs lui-même)⁶². Les diverses peines doivent alors correspondre à ces trois types de délinquants ; aux criminels occasionnels notamment suffiront des peines destinées à provoquer simplement en eux la crainte (Abschreckungsstrafen : expulsion, amende, peines privatives de liberté) ; pour les délinquants corrigibles, disposés au crime, il faudra des peines visant à leur amendement ; contre les incorrigibles, enfin, il faudra appliquer des peines de sûreté (peines privatives de liberté pour une durée indéterminée, voire même pour la vie entière, déportation, etc.).

Mezger, qui suit les mêmes traces, eut recours, en criminologie, au principe de la promptitude au crime (Bereitschaft zum Verbrechen) en tant que critère permettant de distinguer les différents types de délinquants⁶³. C'est ainsi qu'il distingue, dans la mesure où le crime appartient, s'adapte à la structure du criminel, deux grandes catégories, celle du « Situationsverbrecher » (criminel occasionnel, représentant une forme aiguë de la criminalité) et celle du « Charakterverbrecher » (criminel qui, par son caractère, présente une forme de criminalité chronique). Il subdivise chacune de ces catégories en trois sous-catégories.

Exner distingue également les criminels d'après le critère du penchant au crime⁶⁴. Il les répartit en deux catégories : les criminels accidentels et les criminels dispositionnels (« Zustandsverbrecher »). Il subdivise encore chacune de celles-ci en deux autres (les criminels accidentels, actifs ou passifs et les criminels dispositionnels, actifs ou passifs).

C'est ainsi que ces deux auteurs considèrent également comme critère de base pour le classement des délinquants la mesure dans laquelle ce sont les facteurs endogènes (la personnalité de l'auteur telle qu'elle s'est formée jusqu'à la veille du début du processus volitif qui aboutit à l'exécution de l'acte) ou bien les facteurs exogènes (circonstances extérieures, stimuli extérieurs contemporains de la décision criminelle et du crime) qui prédominèrent en tant que facteurs qui engendrèrent les mobiles.

⁶² V. p. 516 de la même étude.

⁶³ V. MEZGER, *Kriminelle Typen*, in Festschrift für K. Schneider, 1947, pp. 217 ss. ; du même auteur, *Kriminalpolitik*, 3^e éd., pp. 154 ss.

⁶⁴ EXNER-KALMAR-FISCHER, *Criminologia*, 1953, pp. 220-223.

Hans Gruhle adopte un critère identique⁶⁵. Il estime, en effet, d'utilité pratique de classer les criminels dans les 4 catégories suivantes : a) les criminels qui le sont exclusivement en raison de leur disposition (ou penchant au crime)⁶⁶ ; b) les criminels qui le sont principalement en raison de leur disposition et, dans une certaine mesure, en raison des conditions du milieu ; c) ceux qui le sont exclusivement en raison des conditions du milieu ; d) ceux qui le sont principalement en raison des conditions du milieu et, dans une certaine mesure, en raison de leur disposition.

12. Les mobiles constituent également un indice de la disposition criminelle d'un autre point de vue encore, à savoir selon leur caractère social ou anti-social. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure ceux-ci sont favorables ou, au contraire, préjudiciables à la coexistence sociale, à l'intérêt social tels que les conçoit une certaine société. Plus les mobiles ont un caractère antisocial, plus ils sont les indices d'une grave disposition criminelle⁶⁷.

⁶⁵ V. GRUHLE, *Die Ursachen der jugendlichen Verwahrlosung und Kriminalität*, Berlin, 1914.

⁶⁶ Nous estimons qu'il faudrait accorder au terme de « disposition », pour des raisons d'utilité pratique, le sens de disposition *inhérente* lors de l'*accomplissement de l'acte* (qualité permanente de la personnalité et, particulièrement, du caractère) que cette disposition soit congénitale ou bien acquise et quelle que soit la façon dont elle a été acquise. Cf. les explications détaillées données ci-dessus, n° 8 du présent chapitre, au sujet des facteurs endogènes.

Contra WELZEL (*op. cit.*, pp. 126 s.) qui distingue parmi les criminels, selon la source de leur tendance criminelle, les types suivants : 1) « Dispositionnelle », délinquants par tendance innée, p. ex. personnalité psychopathique ; 2) « Charakterologische », délinquants par tendances caractérielles acquises, p. ex. délinquants d'habitude ; 3) « Soziologische », individus vivant professionnellement de façon criminelle, sans qu'il y ait chez eux une tendance innée ou une qualité caractérielle acquise les incitant à vivre de la sorte. Sur cette distinction nous remarquons : premièrement, que la source de la tendance criminelle n'est pas facilement et sûrement vérifiable : p. ex., s'agissant d'un délinquant d'habitude déterminé, sa criminalité provient-elle d'une tendance acquise, comme l'estime Welzel, ou de tendances innées ? ou de toutes les deux ? S'agissant d'une personnalité psychopathique, celle-ci est-elle le résultat de causes innées ou de traumatismes psychiques de l'âge tendre ? En second lieu, nous sommes d'avis que ce classement n'est pas en harmonie avec les acquis de la psychologie criminelle d'aujourd'hui. L'anormal-né (par tendance innée) est aussi un caractériel ou un anormal de caractère. Ainsi les psychopathes, inclus par Welzel dans la première catégorie, sont appelés aussi « caractériels » (v. *supra*, p. 41). Et, vice-versa, les délinquants habituels présentent souvent des anomalies innées. Le délinquant professionnel de la 3^e catégorie présente ordinairement des anomalies caractérielles de la première ou de la seconde catégorie, c'est-à-dire des anomalies innées ou acquises, sinon il n'aurait pas choisi cette façon de vivre, constamment illégale et anormale.

⁶⁷ Ce sont des indices très importants mais non pas des preuves, car la disposition criminelle, et notamment le degré de celle-ci, ne peuvent être décelés que par l'examen de plusieurs éléments mis en rapport les uns avec les autres ; cf. l'article 133 du C.P. It., qui correspond à l'article 79 du C.P. Gr.

Nous avons déjà soutenu que les mobiles des actes criminels sont d'ordinaire antisociaux ; qu'ils peuvent cependant être parfois sociaux ou, du moins, ne pas être antisociaux (c'est-à-dire ni utiles ni nuisibles à la société) ; enfin qu'il existe différents degrés d'antisocialité. Or, c'est le caractère social ou antisocial des mobiles ainsi que le degré de celui-ci qui indiquent une disposition criminelle plus ou moins grave.

Par exemple : A. vole une certaine somme, car il veut faire face aux frais qu'entraîne l'entretien de son enfant, qu'il aime profondément et qui est privé de soins médicaux.

B. vole la même somme afin de couvrir les dépenses nécessitées par les études de son enfant. S'il ne disposait pas de ce montant, son enfant serait obligé d'interrompre ses études.

C. vole une somme égale pour acheter un collier exigé par sa maîtresse qu'il aime éperdument.

D. vole une somme identique parce qu'il envie X. Il remettra le montant en question à P. pour incendier le domicile de X.

E. vole le même montant ; il commet ce vol parce qu'il est jaloux de P. Il le remettra à X. afin que ce dernier tue la fillette de P.

Ces exemples démontrent de manière évidente que, quoiqu'il s'agisse du même acte (le vol d'une somme identique dans tous les cas), le caractère antisocial du mobile augmente de façon constante du premier au cinquième cas. D'autre part, la disposition criminelle paraît accrue, d'une manière directement proportionnelle.

A notre avis cependant, ce n'est pas *la quantité* de la disposition criminelle mais *la gravité* de celle-ci qui augmente dans ces cas ; c'est cette dernière qui augmente proportionnellement au caractère antisocial des mobiles.

Reprenons les exemples précités : si le délinquant C, pour satisfaire aux exigences de sa maîtresse, commet plusieurs vols, il révèle une disposition criminelle quantitativement importante, une disposition sérieuse au vol ; mais cette disposition est sans aucun doute *qualitativement moins grave* que la disposition criminelle de E. Ou encore, un homme ne commet qu'un ou deux vols pour satisfaire aux exigences de sa maîtresse, tandis qu'un autre en commet de nombreux, d'une importance égale, mû par le même mobile. La disposition criminelle de l'un et de l'autre est également grave (elle mène jusqu'au vol d'une certaine importance), mais chez le second voleur

elle est plus enracinée que chez le premier, elle est donc quantitativement supérieure.

13. Dans ce chapitre, nous n'avons fait qu'examiner la notion de mobile en la confrontant avec les notions apparentées du droit pénal également subjectives. Nous avons étudié non seulement les différences notionnelles, mais aussi les relations existant entre mobiles et ces notions apparentées. Il s'agit là de principes qui sont valables généralement dans la théorie du droit pénal en dehors de tout code pénal. Quant à leur application dans le droit positif, nous procéderons à cet examen dans la seconde partie de ce travail, lors de l'étude des dispositions du C.P.S. ayant trait aux mobiles.

C'est dans cette seconde partie que nous étudierons les différents rôles juridiques que les mobiles peuvent jouer. En effet, ces divers rôles ne peuvent être étudiés et approfondis que sur la base de dispositions légales concrètes et non pas d'une façon abstraite. Cela ne veut pas dire que cette étude ne sera pas placée, lors de l'examen de chaque rôle particulier, dans un cadre théorique ; cet encadrement théorique nous permettra de procéder à une étude critique de l'usage que fait des mobiles le droit positif. Ci-après nous ne faisons que mentionner ces rôles, en tenant compte des opinions des différents pénalistes que nous avons rapportées dans le chapitre précédent, ainsi que des développements que nous venons de faire dans le présent chapitre.

Le rôle principal des mobiles consiste en celui d'indices, d'une part de la qualité de la culpabilité, d'autre part de la quantité et de la qualité de la dangerosité. Ils devraient donc être pris en considération toutes les fois que l'une de ces deux notions subjectives, fondamentales en droit pénal, doit être approfondie et appréciée, notamment dans l'application de toute peine et de toute mesure de sûreté. Les mobiles pourraient encore être utiles, en tant qu'indices de la dangerosité, lors du jugement pour accorder le sursis ou la libération conditionnelle, bien que là il s'agisse d'un jugement de dangerosité négatif.

Les mobiles, lorsqu'ils ne sont pas immoraux ou antisociaux, peuvent intervenir de façons très variées. Ils peuvent : a) influencer sur la fixation d'une peine plus légère ou plus courte, dans les limites prévues par la loi pour la répression d'un délit ; b) influencer, indirectement, sur la *non*-imposition d'une mesure, lorsque celle-ci présuppose une disposition criminelle qualitativement grave ; c) constituer une circonstance atténuante générale ou spéciale ; d) constituer une condi-

tion subjective d'une cause d'excuse, mais alors en combinaison avec certaines conditions objectives telles qu'elles rendent le comportement de l'agent excusable ; e) constituer enfin une condition subjective d'une cause de justification, toujours en combinaison avec certaines conditions objectives telles qu'elles rendent le comportement de l'agent licite (juste).

En revanche, un mobile bas ou vil peut : a) entraîner l'application d'une peine plus grave ou plus longue dans les limites prévues par la loi pour la répression d'un délit ; b) influencer, indirectement, sur l'application d'une mesure qui présuppose une disposition criminelle qualitativement grave ; c) constituer une circonstance aggravante générale ou spéciale ou encore d) entraîner l'application d'une peine cumulative ou plus adéquate à ce mobile (par exemple, dans le cas de cupidité, la peine d'amende).

Enfin, un mobile déterminé peut, à titre exceptionnel, servir d'élément constitutif d'un délit.

Lors de l'appréciation de la culpabilité et de la dangerosité, il s'agit de pénétrer la personnalité tout entière de l'agent. Dans ces cas, les mobiles les plus profonds devraient être décelés et étudiés dans le cadre de l'évolution globale de la personnalité. De cette exploration des mobiles profonds, qui constitue un travail très délicat et très difficile, nous avons estimé utile de nous occuper plus particulièrement dans le chapitre suivant de la présente partie. Il s'agit encore de principes fondés sur la psychologie et utilisables dans l'application de tout code pénal.

CHAPITRE IV

L'INVESTIGATION DES MOBILES PROFONDS

A) *Les méthodes d'investigation.*

1. Nous n'estimons pas inutile de commencer par souligner la différence d'optique existant entre la recherche des mobiles d'un acte déterminé commis par un auteur déterminé (psycho-criminogénèse), et la recherche des causes du délit en général comme un phénomène de masse (macro-criminogénèse)¹. Il est évident que la seconde est étrangère à notre sujet.

La recherche des mobiles profonds est un travail difficile et délicat qui, pour être mené à bonne fin, relève de la compétence d'une personne douée d'une pénétration psychologique innée, de la capacité de comprendre les autres et ayant une solide expérience en matière de psychologie des profondeurs². La recherche scientifique systématique, qui a pour but d'étudier à fond les mobiles profonds de l'acte, est relativement récente en psychologie.

Sans cette étude approfondie on ne peut expliquer la raison pour laquelle des sujets apparemment identiques réagissent de façons variées aux mêmes excitations externes, et ce notamment par des actes à teneur sociale ou morale de degrés différents, le crime inclus³. Les

¹ V. LÉAUTÉ, *Criminologie et science pénitentiaire*, 1972, pp. 13 ss.

² En raison des difficultés qu'il y a de découvrir les mobiles profonds, la statistique des mobiles est très incertaine et souvent inexacte, car elle se fonde généralement sur la recherche superficielle d'un mobile qui souvent n'est qu'apparent et diffère des mobiles profonds et réels. GRUHLE est opposé à la statistique des mobiles, cf. *op. cit.*, p. 121. Il souligne le fait que les juges accordent en général une importance plus grande au but, car il s'agit d'une notion moins profonde, qu'il est de ce fait plus facile de découvrir, *op. cit.*, p. 116. NICEFORO, *Criminologie*, t. III, pp. 24 ss., se prononce également contre la statistique des mobiles. LOMBROSO, quant à lui, fit une statistique des mobiles par régions de l'Italie, illustrée par des tableaux rédigés par Ferri (v. *L'uomo delinquente*, *Atlante*, tableaux V et VI).

³ Ce fait est également admis par des adversaires des théories psychanalytiques : cf. par ex. F. FERRACUTTI, *Lo studio dei motivi nell'esame della personalità dell'imputato*, in Zacchia, 1963, p. 252 (Rapport présenté à la société romaine de médecine légale, 1962).

phénomènes psychiques apparents ne suffisent souvent pas non plus à faire comprendre pourquoi des individus parfaitement différents et d'une valeur morale très inégale commettent, matériellement, le même acte punissable. Ils ne permettent pas non plus d'expliquer pourquoi l'auteur d'un acte déterminé a choisi l'acte criminel (le plus anormal, le plus désavoué par la société et, bien souvent, le plus inefficace) entre les diverses solutions possibles qui s'offraient à lui pour satisfaire à ses exigences affectives.

2. Tous les pénalistes admettent, dans une mesure variable, la nécessité de l'examen psycho-socio-biologique de l'agent.

Dans cet examen, il faut tenir compte du fait que les facteurs organiques, sociologiques et psychologiques s'interpénètrent et se synthétisent dans l'âme humaine. C'est ainsi qu'un phénomène appartenant à l'un de ces facteurs influe obligatoirement sur les autres et doit être examiné sous ce triple aspect. Par conséquent, les faits somatiques doivent être examinés en fonction de leurs répercussions sur l'évolution psychique ⁴. De même, l'examen de l'influence de la société, au sens le plus restreint (famille) comme au sens le plus large, doit être fait selon l'optique des relations inter-individuelles et des répercussions qu'elles ont sur l'évolution psychique de l'individu ⁵.

La psychologie moderne, à l'opposé de la psychologie traditionnelle, qui est statique, a mis l'accent sur l'évolution *dynamique* du psychisme de l'individu. Ce n'est qu'en suivant l'évolution psychique totale de celui-ci, depuis sa naissance jusqu'au moment de l'accomplissement de l'acte, que l'on parviendra à comprendre l'agent et la signification fonctionnelle de son acte (pour lui-même) ⁶.

La plupart des spécialistes admettent aujourd'hui l'examen *clinique* de l'auteur, selon la méthode appliquée en psychiatrie, à savoir *l'approche directe du sujet examiné* ⁷. Cette approche a comme objet

⁴ Cf. *supra*, p. 44.

⁵ L'individu, ainsi formé, par son activité utile ou nuisible à différents degrés exerce à son tour une influence sur la société, dont il est membre ; ERIKSON (*Childhood and Society*, p. 46) parle d'un « systematic going around in circles » (cheminement systématique et giratoire en cercles) ; cf. *supra*, p. 35.

⁶ Selon la définition de LAGACHE, nous appelons dynamique « une psychologie qui a pour objet principal la mise en évidence des significations fonctionnelles des conduites ». V. LAGACHE, *Psycho-criminogénèse*, loc. cit., p. 130.

⁷ La méthode *clinique* est la méthode la plus répandue de nos jours. Recueillir des informations sur la vie du sujet en interrogeant des tiers est considéré comme insuffisant. Les termes de « psychologie clinique » et de « méthode psychologique clinique » sont dus à L. WITMER (qui les utilisa vers

non plus simplement l'examen de son état psychique actuel, mais bien de son évolution psychique *dynamique*, de sorte que l'acte constitue une partie du fil unique de la vie. Ce n'est qu'en situant l'acte de cette façon que nous en découvrirons les causes psychiques.

Les diverses écoles psychologiques contemporaines ont proposé plusieurs méthodes d'investigation qui toutes doivent nous aider à comprendre l'acte criminel ; toutefois, c'est la recherche des mobiles *réels* et de leurs *mécanismes* qui sera décisive pour la compréhension du criminel concret et pour le choix du traitement efficace et approprié à ce criminel.

Les méthodes utilisées par la psychologie dynamique sont : 1. l'entretien clinique, pendant lequel on tâche de saisir les attitudes du délinquant au cours de la conversation ; 2. l'anamnèse, soit la reconstitution de l'histoire personnelle du sujet telle qu'il l'a vécue ; 3. le bilan de ses aptitudes en général (affectives, intellectuelles, etc.) ; 4. la recherche des motivations de son acte, c'est-à-dire la psychogénèse de celui-ci dans le cadre de son évolution psychique totale⁸.

la fin du siècle dernier). A la suite de FREUD et de WOODWORTH (qui s'appuya sur d'autres bases que FREUD), la psychologie clinique devient au début du XX^e siècle une psychologie dynamique, évolutive. Dès lors deux tendances se dessinent : d'une part, celle qui se fonde sur l'examen direct, historique et dynamique de l'individu, d'autre part, celle qui est fondée sur les mesurages psycho-techniques. La première est la méthode clinique proprement dite — c'est de celle-ci qu'il s'agit quand on parle de « psychologie clinique » ; elle s'associe à la tradition de la psychologie dynamique de RIBOT, de FREUD, etc. L'autre, poursuit la tradition de la mensuration des phénomènes psychiques de WUNDT et de GALTON (v. REUCHLIN, *Histoire de la Psychologie*, 1967, pp. 81-83).

La première tendance préconise l'examen approfondi de tous les phénomènes de la vie psychique globale. La seconde, plus extérieure, réussit dans la mensuration de capacités psychiques isolées, des capacités élémentaires en particulier.

En criminologie, DI TULLIO, GEMELLI, DE GREEFF, LAGACHE suivent la première, cependant que HEALY et BRONNER, p. ex., suivent la seconde, quoi- qu'ils soient influencés par la psychanalyse.

Nous estimons que, de toute façon, indépendamment de la position fondamentale adoptée, les méthodes élaborées par l'une ou l'autre orientation peuvent être associées. L'utilisation récente de méthodes statistiques évoluées en psychologie clinique constitue la preuve de ce que nous avançons. (Cf. la revue américaine *Journal of Clinical Psychology*, 1950, *Symposium on statistics for the clinician*). En Criminologie SH. et EL. GLUECK en sont un exemple éminent.

Sur le sujet des diverses écoles psychologiques v. encore A. NYMAN, *Die Schulen der neueren Psychologie*, 1966 (trad. du suédois par Bohm) ; EYSENCK, *Wege und Abwege der Psychologie*, 1965 ; THOMAE et FEGER, *Hauptströmungen der neueren Psychologie*, 1969.

⁸ V. ANZIEU, *Responsabilité pén. et psychologie*, Travaux du colloque de philosophie pénale, Strasbourg 1956, Dalloz, 1961, p. 191.

Les psychanalystes proposent d'explorer en tout premier lieu le subconscient, qui s'est formé depuis la naissance, en recourant à toutes les méthodes d'investigation appropriées telles que l'analyse et l'interprétation symbolique des paroles et du comportement du sujet examiné, des projections provoquées, des rêves, des actes manqués, des mouvements, du transfert (soit l'ensemble des émotions de l'analysé provoquées par ses relations avec l'analyste), etc. Quelques-uns d'entre eux (tout particulièrement Anna Freud) soulignent l'importance de l'analyse des opérations défensives inconscientes du Moi contre les exigences des pulsions et des affects qui provoquent un déséquilibre psychique. Toutes ces méthodes, dont le succès dépend surtout des capacités intuitives et de l'expérience de l'examineur, sont un instrument dangereux entre les mains d'un psychologue dépourvu de ces qualités.

Cependant, indépendamment de l'application des méthodes psychanalytiques, les *conclusions* de la théorie psychanalytique sont très précieuses et constamment utilisées pour l'interprétation d'éléments constatés grâce à l'une ou l'autre des méthodes utilisées par les diverses écoles psychologiques. En effet, la psychanalyse, qui à l'origine ne fut pas une école psychologique, exerça sur la psychologie une influence considérable⁹. Quoi qu'il en soit, les principes suivants de la psychanalyse sont aujourd'hui largement admis ; 1° il existe

⁹ Ainsi FAVEZ-BOUTONNIER, *L'influence de la psychologie sur la criminologie*, in Travaux de la Semaine intern. de Strasbourg, Dalloz, 1955, p. 33 ; GEMELLI, qui n'est pas favorable à la psychanalyse, estime qu'il est impossible de ne pas prendre en considération plusieurs notions et observations psychanalytiques, *op. cit.*, pp. 220 et 145. De même GORPHE, *op. cit.*, p. 1592, hésitant à préconiser l'application de la méthode psychanalytique à des accusés, déclare « que l'on doit reconnaître qu'il est actuellement impossible de ne pas utiliser, lors de l'application de psychologie, les notions fondamentales introduites par la psychanalyse, même si l'on en rejette quelques-unes ». Cf. aussi K. FRIEDLANDER, *La délinquance juvénile*, Paris, 1951, p. 205. BERGIER, *L'osservazione e la diagnosi del minorenne*, Roma, 1950, p. 230.

En revanche MEZGER, qui s'occupe particulièrement des théories de la psychanalyse et de la psychologie individuelle d'ADLER (psychanalytique elle aussi, bien qu'elle soit différente de celle de FREUD) dans son ouvrage *Kriminalpolitik auf kriminol. Grundlage* (Stuttgart, 1934, pp. 56-66 en particulier) conclut au rejet radical (« radikale Ablehnung ») de celles-ci, comme « étant contraires aux principes totalitaires ». Selon cet auteur, la conception totalitaire de l'Etat (= totale Staatsauffassung) ne permet pas de prendre, en droit pénal, l'individu comme base pour l'imposition de sanctions à ses actes (ainsi que le fait la « liberalistische Auffassung »). Selon le principe raciste, l'accent doit être mis sur le facteur *biologique-racial*, et non pas sur le facteur *psychologique-individuel* ; cf., en particulier, la préface et pp. 60, 65, 66. Plus spécialement sur la politique criminelle nazie v. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, pp. 109 s. Par ailleurs, l'interprétation psychanalytique du crime exposée par MEZGER dans le même ouvrage (recherche subconsciente d'une punition) est

toujours une logique intérieure dans toute action humaine ; 2° chaque acte constitue la réaction de la personnalité globale de l'auteur ; 3° chaque acte humain revêtant une certaine importance pour son auteur constitue la fin d'un processus plus ou moins long qui s'est déroulé dans la partie cachée de la vie psychique de l'auteur ; 4° c'est par le seul examen, *aussi approfondi que possible*, de l'évolution psychique *globale* de l'auteur d'un certain acte, d'un acte criminel en particulier, qu'il est possible de comprendre cet acte et d'en découvrir la logique intérieure et la signification pour celui qui l'a commis. Cela revient à découvrir les mobiles *réels, profonds*, ainsi que leur mécanisme, c'est-à-dire *le processus et la raison grâce auxquels ils se sont imposés* ¹⁰.

3. Les méthodes de projection ¹¹ sont largement appliquées dans la recherche des mobiles ; elles sont précisément fondées sur le principe psychanalytique selon lequel on peut provoquer la montée involontaire vers la conscience des pressions psychiques subconscientes et profondes, des tendances, des désirs tels les mobiles profonds des actes. Ces méthodes sont principalement les tests de projection, dont les plus connus sont ceux de Jung (association de mots) de Rorschach, de Szondi, le test T.A.T. (Thematic Aperception Test) de Murray. Nous citerons encore les tests d'émotions, tels X-0 de Pressey, celui de Rosenzweig, ainsi que les tests de jugement moral, tel celui de Tsedek et Baruk.

Ces méthodes exigent de l'interprète expérience et intuition ; elles sont souvent d'un excellent rendement dans l'examen du psychisme des criminels, parce que ceux-ci, lors de l'examen ordinaire, qui se présente sous la forme d'un interrogatoire direct, opposent une résistance consciente plus grande que celle des sujets ordinaires, car ils craignent de révéler sans le vouloir des secrets concernant leurs crimes. Dans le cas de l'examen par tests projectifs en revanche, ils ignorent l'importance de leurs réponses ; c'est pourquoi ils répondent,

actuellement dépassée. On estime de nos jours qu'elle ne peut expliquer qu'un nombre restreint de crimes : v. sur ce sujet *supra*, pp. 32 ss.

¹⁰ Les diverses *théories* psychanalytiques qui expliquent le phénomène criminel en général ont été sommairement examinées *supra*, pp. 32 ss., c'est-à-dire dans le chap. concernant la psychogénèse de l'acte criminel. Dans le présent chapitre, on n'envisage que *les méthodes* et les principes à *appliquer* dans l'investigation des mobiles d'un acte déterminé.

¹¹ Les méthodes de projection, quoiqu'elles recourent principalement à des tests, ne sont pas « *psychométriques* » ; elles appartiennent à l'orientation *clinique-dynamique* et constituent une application des théories psychanalytiques. V. L.E. ABT et L. BELLAC, *Projective psychology*, N.Y., 1950 ; H. et G. ANDERSON, *An introduction to projective techniques*, N.Y. 1951 ; L.K. FRANCK, *Projective methods*, Springfield, 1948.

en général, de façon plus décontractée, ce qui permet aux mobiles subconscients de se manifester plus aisément, en réponse aux excitations artificiellement provoquées par les tests.

Les questionnaires fixes, tel celui de Bernreuter, ne sont que l'examen clinique ordinaire mais formulé de manière fixe. Ces questionnaires sont également appliqués en psychiatrie. Certains psychologues considèrent que ces questionnaires donnent des résultats moins sûrs que l'examen clinique libre, sans être pour autant plus révélateurs.

Enfin les méthodes permettant d'examiner le développement mental du criminel — intéressantes pour compléter l'exploration de la personnalité globale de celui-ci — ne sont, en principe, d'aucun secours pour la recherche des mobiles profonds du crime ¹².

4. Quoi qu'il en soit, la psychologie actuelle ne dispose pas, et ne disposera jamais, pensons-nous, — en raison même de la nature complexe du monde psychique — de moyens et de méthodes propres à l'établissement d'un diagnostic exact et objectif de l'âme humaine, comme c'est le cas des sciences physiques, par exemple, pour l'étude des phénomènes de la nature.

D'ailleurs l'objet de cet examen est différent. En effet, lorsqu'il s'agit de phénomènes naturels, on recherche la cause objective de ceux-ci, laquelle, en raison d'une nécessité causale inéluctable, donne toujours naissance à un résultat déterminé. C'est pourquoi nous pouvons en toute sûreté susciter un phénomène naturel quelconque en créant des conditions objectives déterminées (causes) qui, une fois qu'elles existent — soit de façon naturelle, soit de façon artificielle — provoquent toujours, selon une nécessité objective, le même phéno-

¹² DE GREEFF, *Aux sources de l'humain*, Paris, Plon, 1949, p. 281, n° 1, souligne l'orientation actuelle des chercheurs vers la vie affective « après la désolante épidémie de tests intellectuels ». Outre les nombreux ouvrages consacrés à chaque test, par leurs inventeurs notamment, consulter l'étude d'ARMAND MERGEN : *Psychologie des profondeurs, tests de personnalité et de criminologie*, in R. Int. Cr. P. T., 1955 pour un aperçu général des diverses méthodes psycho-techniques, prises dans la plus large acception du terme. Pour un aperçu succinct, cf. GORPHE, *op. cit.*, pp. 1590 ss. Pour une explication analytique sommaire de ces tests en général, consulter l'ouvrage (en grec) d'AGLAË TSTITSOURA : *L'examen de la personnalité du criminel*, 1959, les pages 88 ss. notamment. Pour plus de détails, cf. l'ouvrage de D. ANZIEU, *Les méthodes projectives*, PUF, 1970 (coll. SUP.). Sur le test SZONDI, v. son ouvrage : *Diagnostic expérimental des pulsions*, PUF, 1952 ; sur le test de ROSENZWEIG, v. C. KRAMER, *La frustration*, 1959 ; sur le T.A.T. : MURRAY, *Explorations in personality*, 1938 ; sur le test de RORSCHACH, v. S. BECK, *Le test de Rorschach*, t. I et II, 1967-1968.

mène (effet). Ainsi donc, pour expliquer ce phénomène, il nous suffira d'en déterminer les causes — sa genèse causale — et rien d'autre.

Mais la genèse d'un acte humain présente des différences fondamentales par rapport à un phénomène naturel. Premièrement, parce que l'activité humaine résulte d'une élaboration psychique non seulement causale, mais aussi téléologique. L'acte humain, à l'opposé des phénomènes naturels, tend vers quelque chose de nécessaire et d'utile selon la façon de sentir de l'auteur. En général, les orientations causale et téléologique s'entremêlent dans la genèse de n'importe quel acte humain¹³. Deuxièmement, parce que ce qui est nécessaire et utile varie d'un individu à l'autre, en raison du caractère unique et « irrépérable » de la personnalité humaine. C'est pourquoi, dans des conditions objectives semblables, la réaction psychique de chaque individu, même si le hasard veut qu'elle paraisse objectivement identique à celle d'un autre, est en réalité unique et ne peut être répétée en tant que raison, opportunité (finalité) ni mécanisme de sa genèse.

D'après ce qui précède, ce que l'on recherche dans une action humaine, c'est le sens de celle-ci, c'est-à-dire sa *signification subjective*. En d'autres termes, un acte humain n'est pas nécessairement produit par certaines *causes* (causae), comme c'est le cas pour les phénomènes naturels, mais il est produit par certains *mobiles* (causae moventes). Ceux-ci, différents dans chaque cas, naissent de la personnalité totale de l'auteur, telle qu'elle a évolué au cours de sa vie entière, et sont combinés par cette même personnalité psychique à une certaine fin, issue elle aussi de cette dernière. Ainsi donc, *comprendre* un individu et l'un de ses actes (acte qui revêt une certaine importance pour sa vie) exige la compréhension de tous ces éléments combinés¹⁴. C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit d'actes humains, on en recherche *le sens*, c'est-à-dire *la signification subjective* pour la personnalité concrète de leur auteur¹⁵.

¹³ Cf. et ci-dessus, pp. 26 s.

¹⁴ Selon LERSCH, *Aufbau der Person*, pp. 90-93, lorsqu'il s'agit de phénomènes psychiques, on examine, au lieu des « Kausalzusammenhänge » des phénomènes naturels, les « Motiv-Sinn-Psychosomatische Zusammenhänge ». Nous estimons cependant qu'il ne souligne pas suffisamment la nécessité qu'il y a d'examiner d'un point de vue *évolutif* la vie entière de l'agent.

¹⁵ Le psychopathe-névrosé agit téléologiquement, c'est-à-dire qu'il tend à un but conscient, conforme à ses tendances, à ses pulsions, etc., mêmes inconscientes. Le malade mental (l'aliéné) d'ordinaire agit aussi de façon téléologique, même lorsque ses actes, fondés sur une altération imaginaire de la réalité, sont dépourvus de toute finalité réelle et objective. Quoi qu'il en soit, le malade mental a une façon de sentir et de penser qui le pousse à accomplir un acte déterminé. Cet acte a, en règle générale, *pour lui un certain sens*, bien

On étudie également sa signification lorsque l'on prend en considération un produit intellectuel de l'homme (par exemple un poème, une composition musicale, un ouvrage scientifique). Mais lorsqu'il s'agit de l'examen *de l'homme même*, d'un individu déterminé et en particulier de ses actes considérés *du point de vue psychologique* (et non, par exemple, du point de vue artistique, scientifique, etc.), nous ne pouvons le comprendre qu'en étudiant l'évolution de sa personnalité ; c'est alors que nous découvrons la signification réelle et fonctionnelle que prend l'acte aux yeux *de son auteur*, à savoir le « *pourquoi* », le « *afin de quoi* » et le « *comment* » de sa genèse.

La pénétration psychologique et la compréhension dont doit faire preuve l'expert à l'égard du sujet examiné dépendent essentiellement de sa faculté *de se mettre à la place d'autrui* (en l'occurrence du criminel)¹⁶ ; elles seront toujours, de ce fait, les éléments fondamentaux qui permettent d'expliquer le comportement et de connaître la personnalité du délinquant — comme, d'ailleurs, de tout individu en général.

5. Cette faculté de l'examineur dépend de la réussite de sa socialisation¹⁷, c'est-à-dire d'une heureuse réalisation de cette tendance fondamentale qui pousse l'homme à entretenir de bonnes relations avec autrui. On n'y réussit *qu'en surmontant son moi*, en en sortant, *grâce à cette faculté de considérer et de sentir les choses du point de vue d'autrui*. On n'y parvient qu'en élargissant sa vie psychique et affective de façon sociale (altruiste).

C'est ainsi que, par le truchement du monde affectif de l'examineur, on parvient à la compréhension d'autrui, du monde affectif d'autrui, source de ses actes. L'individu dont le monde affectif est riche peut se mettre à la place de plusieurs sujets, car il est en mesure de ressentir de nombreux états psychiques. Il est en mesure de comprendre autant d'états psychiques qu'il peut en éprouver.

qu'il soit inhabituel et incompréhensible pour l'individu normal, lequel, pour cette raison, considère que le malade mental agit simplement selon une causalité mécanique. De toute façon, la compréhension de l'acte d'un malade mental relève de la psychiatrie.

¹⁶ Cf. à ce sujet, en particulier DE GREEFF, *Les instincts de défense et de sympathie* (P.U.F., 1949) ; KONCIEWSKI, *La sympathie comme fonction de progrès et de connaissance* (P.U.F., 1951). Cf. également LERSCH, *Aufbau der Person*, 1956, pp. 220 ss. ; H. MURRAY, *L'exploration de la personnalité*, t. I (P.U.F.) p. 224 ; GORPHE, *La psychologie appliquée en justice* in *Traité de psychologie appliquée* (P.U.F., 1959) pp. 1584-1585 ; GRUHLE, *Motiv und Ursache...* (*op. cit.*) p. 127.

¹⁷ Cf. *supra*, p. 34.

Cela signifie que la socialisation réussie et la richesse affective qui en découlent constituent les qualités fondamentales requises pour comprendre autrui. L'attitude correcte du psychologue ou du juge pénal doit donc être une attitude de sympathie¹⁸ qui engendre d'abord l'intérêt à l'égard de l'inculpé, puis, dans la mesure du possible, une communauté de sentiments.

Cette attitude « sympathique » à l'égard du criminel que l'on examine facilite d'ailleurs la tâche de l'examineur parce que le délinquant, qui se sent isolé de la société et vit renfermé en lui-même, éprouve le besoin de s'exprimer à cœur ouvert, de communiquer avec quelqu'un. S'il perçoit la sympathie de l'examineur, il aura, en retour, un contact sympathique avec ce dernier. C'est précisément ce contact qui lui permettra de satisfaire à son besoin de communication, qui le poussera à communiquer avec l'expert et à s'exprimer plus aisément. Autrement dit, il laissera plus facilement lever le voile qui recouvre son monde psychique.

Cette attitude de l'examineur ne devra pas être poussée jusqu'à la perte ou à la diminution de ses facultés critiques. En fait, pour réussir, il devra mettre *au service de son intelligence* une affectivité riche et raffinée, sans que cette dernière vienne en troubler le travail. L'affectivité en effet ne doit pas dominer l'intelligence, mais lui être assujettie. Cela présuppose l'existence, parallèlement à un monde affectif riche, d'une intelligence au moins aussi riche et puissante, qualités que l'on trouve rarement réunies dans une seule et même personne.

C. Jung¹⁹ souligne tout particulièrement le danger que présente une compréhension exagérée et met l'accent sur la nécessité qu'il y a d'équilibrer la compréhension et la connaissance d'autrui. « Une compréhension idéale en définitive, ce serait une acceptation totale de l'Autre que l'on accompagne dans ses démarches vitales, dans le vécu duquel on se glisse et on se fond, en en magnifiant la subjectivité, en abandonnant toute référence critique de responsabilité sociale. » Une compréhension portée à un tel degré signifierait l'absorption d'un individu par un autre, au grand désavantage des deux, et l'approfondissement du fossé séparant la compréhension de la connaissance (objective)²⁰.

¹⁸ Ce mot est d'origine grecque « συμπάθεια » et signifie : sentir, souffrir avec (un autre) ; v. sur ce sujet DE GREEFF, *Criminogénèse*, loc. cit., p. 272.

¹⁹ C. JUNG, *Présent et avenir*, 2^e éd., trad. franç. (Denoël-Gonthier, 1969) pp. 73 ss.

²⁰ V. JUNG, *op. cit.*, p. 74.

Certes le psychologue, comme le psychiatre, doit au début jouer le rôle de défenseur de la personnalité²¹. Mais il ne doit en aucun cas pousser la « compréhension », qui selon la psychologie actuelle —et selon Jung lui-même— constitue le mot-maître et la meilleure arme du psychologue, jusqu'à la disparition du contrôle critique qu'exerce l'intellect, contrôle sur lequel repose la connaissance. On en conclut donc que la compréhension est d'autant plus effective qu'elle est contrebalancée par le jugement fondé sur l'intellect.

La critique faite par l'intellect devient d'ailleurs d'autant plus profitable que l'expert chargé de l'examen psychologique est plus compétent en matière de psychologie. En effet, les connaissances théoriques lui fournissent les critères objectifs de rapport et de jugement, à condition cependant qu'elles aillent de pair avec les connaissances pratiques-empiriques fondées sur l'intuition (la « *Kennerschaft* » de Jaspers). Cette dernière seule est un critère peu sûr²², quoiqu'elle constitue *une qualité indispensable* au véritable psychologue. Lersch²³ insiste particulièrement sur le fait que, même si un psychologue possède une connaissance globale des méthodes scientifiques et des acquis de la psychologie, il commettra des erreurs si sa connaissance n'est pas dirigée par cette faculté *fondamentale* qu'est l'intuition. Cette aptitude alliée aux formes pré-scientifiques de la connaissance pratique de l'homme et du traitement pratique de celui-ci, atteint, grâce à la psychologie scientifique, une plénitude et une clarté systématiques²⁴.

Nous dirons donc, pour conclure, qu'une compréhension efficace d'autrui exige un monde affectif riche et sain, une faculté intuitive de pénétration psychologique pratique (« *Kennerschaft* ») et une faculté critique fondée sur la connaissance théorique de la psychologie.

Ainsi donc, il est évident que le succès de l'examen d'un criminel et de la découverte des mobiles profonds et réels de son acte dépend, en majeure partie, de la personnalité de l'examineur. Celui-ci doit *comprendre* le criminel, principalement par le contact direct et immédiat et par l'observation attentive de son évolution psychique globale. Il utilisera ensuite des méthodes techniques et scientifiques (tests, analyses, etc.) déjà mentionnées, mais dont l'interprétation efficace dépendra encore de la personnalité de l'examineur. Par conséquent,

²¹ JUNG, *op. cit.*, p. 78.

²² Karl JASPERS, *Allgemeine Psychopathologie*, 2. Aufl. 1923, p. 2.

²³ *Op. cit.*, p. 95.

²⁴ LERSCH, *op. cit.*, p. 99.

la compréhension du criminel et la découverte de ses mobiles réels sont fondées sur des éléments fluides et subjectifs. C'est pourquoi les représentants les plus éminents de la psychologie criminelle se distinguent par leur hésitation, leur attention et leur circonspection²⁵. Et c'est pourquoi encore l'examen ne doit pas être fait en une seule fois. Il est nécessaire que l'examineur puisse suivre de près le comportement de la personne examinée, afin qu'il puisse vérifier constamment l'exactitude de son diagnostic ainsi que l'efficacité du traitement appliqué ; et tout cela dans une atmosphère de relations sympathiques et dans un sincère effort tendant à la resocialisation de la personne qui succomba à la tentation criminelle. L'examen fait en une seule fois ou avec l'attitude froide de l'observateur d'un phénomène scientifique quelconque est, en règle générale, voué à l'échec.

B) *Cas concrets intéressants.*

1. Comme nous l'avons déjà dit, les mobiles d'un type de délit peuvent varier à un point difficilement concevable pour celui qui ne s'est pas spécialisé dans l'étude d'une telle question à la lumière de la psychologie actuelle. Il n'est pas rare que ces mobiles soient, comme nous l'avons écrit plus haut, totalement différents des mobiles apparents auxquels le criminel croit sincèrement. Dans le cas d'actes criminels, nous nous trouvons de toute façon en présence de mobiles subconscients, au moins partiellement.

Pour plus de clarté et afin de préciser ce qui précède, nous étudierons, à titre d'exemple, divers mobiles de certains types de crimes, mobiles que l'on a pu vérifier dans des cas concrets.

Etant donné les limites imparties à cet ouvrage, il ne nous est naturellement pas possible d'étudier tous les types de délit. Nous nous bornerons donc à deux types fondamentaux de crimes : le vol et l'homicide.

Le vol.

2. Comme on le sait, le vol est un délit commis par celui qui soustrait la chose mobile d'autrui dans le dessein de « se procurer ou de pro-

²⁵ Cf. à ce sujet DE GREEFF, *L'examen du détenu doit-il se faire avant ou après le procès ?* Cycle européen d'études, C. 12, p. 2 : « Si quelqu'un, à l'heure actuelle, affirme qu'il peut faire des examens définitifs, on peut le considérer comme incompetent et dangereux. »

curer à un tiers un enrichissement illégitime » (CPS art. 137). Le but de cet enrichissement illégitime est le but immédiat²⁶ ; le but final, que l'auteur cherche à atteindre par le vol, peut varier. Les mobiles, les mobiles réels et profonds notamment, qui poussent un agent déterminé à commettre un vol, peuvent être également divers. Le vol est ordinairement considéré comme un acte dont les mobiles relèvent de l'intérêt lucratif. Mais un examen psychologique approfondi révèle souvent la présence de mobiles beaucoup moins simples et plus difficilement explicables²⁷.

Voici une liste de mobiles constatés par des experts en psychologie criminelle à la suite de l'examen de cas concrets :

- 1) Le désir de couvrir des besoins financiers personnels.
- 2) La tendance à compenser un complexe d'infériorité et à obtenir une puissance (plus symbolique que réelle).
- 3) Le besoin de compenser un vide affectif.
- 4) La satisfaction amoureuse (naturellement anormale) ou la manie de procréer.
- 5) Le désir de tirer vengeance d'un propriétaire.
- 6) L'agressivité.
- 7) Le désir subconscient d'autopunition.
- 8) L'immaturité affective.
- 9) Le désir d'imiter amis ou collègues.
- 10) Le manque de conscience de la gravité de l'acte (notamment dans le cas d'individus dépourvus de critères moraux, c'est-à-dire amoraux) et le désir de faire aisément face à des besoins financiers.
- 11) Le sentiment d'insécurité.
- 12) Des raisons organiques surtout en périodes de labilité neuro-végétative accrue (puberté, grossesse, âge critique).

²⁶ L'art 372 du C.P. Gr. requiert le but immédiat de « s'approprier illégitimement le bien », but qui est considéré comme implicitement requis également par le CPS ; v. *infra*, p. 265.

²⁷ Sur l'explication du vol par quelques écoles psychologiques, v. GÖPPINGER, *Kriminologie*, 1971, pp. 96 s. ; seulement, il faudrait souligner que ces explications ne prétendent pas éclairer tous les cas de vol. Il n'existe pas d'explication psychique valable du vol (abstrait), mais seulement de chaque vol concret. V. encore ZULLINGER, *Über symbolische Diebstähle von Kindern und Jugendlichen*, 2^e éd., 1953.

Parmi tous ces mobiles, le premier est certes le plus naturel. En effet, le vol est souvent commis avec le désir de satisfaire à des besoins matériels. Mais il est souvent accompagné d'un autre mobile qui, parfois, est le mobile principal.

Dans les sociétés au niveau matériel plus ou moins élevé, on constate de nombreux cas où le vol est réellement dû à d'autres mobiles.

Il convient de noter que les voleurs tendent à justifier moralement leur acte — phénomène psychique que l'on peut vérifier également chez les autres criminels — en invoquant l'injustice sociale : ils s'arrogent, par leur acte, le droit de faire justice en punissant les privilégiés et les exploités de la société ²⁸.

3. Une cause psychique courante chez les enfants (parmi celles que nous venons de mentionner) est l'insatisfaction affective. Le petit enfant considère certes, à l'instar de l'homme primitif, le vol comme un acte naturel et non immoral. Sa socialisation (résultant d'une heureuse adaptation au milieu familial) ainsi que la formation initiale de sa conception du bien et du mal (grâce à l'identification subconsciente aux parents, dont il « absorbe » la morale vers l'âge de cinq ans en particulier) l'aident à former sa conception selon laquelle dérober une chose appartenant à autrui et se l'approprier est une action répréhensible. Il s'abstient ensuite, par habitude, de commettre une telle action grâce à l'influence de ses parents, à leur autorité qui s'exerce de façon correcte, équitable et constante, à l'autorité du père notamment, lequel représente pour ses enfants la loi et l'autorité ²⁹.

L'absence de modèle auquel les enfants puissent s'identifier (par suite de l'absence ou de l'abandon des parents), ou le mauvais modèle auquel ils s'identifient (des parents qui pratiquent eux-mêmes le vol et sont, de façon générale, immoraux), ou enfin l'échec des relations qu'ont les enfants avec le milieu familial (en d'autres termes l'échec de la première socialisation) constituent souvent la source d'une tendance au vol chez les enfants et non rarement chez les adultes.

La psychanalyse a permis de constater que les enfants et les adolescents enfreignent souvent la loi pénale, en commettant des vols notamment, surtout parce qu'ils ont manqué d'amour maternel ou d'affection en général, principalement durant la période qui va de la naissance à l'âge scolaire.

²⁸ V. NICEFORO, *Criminologia*, III, p. 75.

²⁹ Cette conception sur le vol s'affermite plus tard, tout particulièrement pendant l'adolescence, grâce à l'apport d'éléments noétiques (conscients).

Dans l'étude qu'il a consacrée à quarante-quatre jeunes voleurs récidivistes, John Bowlby³⁰ voit dans l'absence de la mère la cause essentielle du vol : c'est même la règle dans la plupart des cas ; c'est-à-dire que ce sont les perturbations des relations avec la mère, accompagnées « du spectre de la mauvaise mère » qui empêchent ces jeunes hommes de connaître la réalité sociale et de s'y adapter. La plupart d'entre eux devinrent « affectionless » (insensibles à l'affection). Quelques-uns en arrivèrent même à croire qu'ils étaient indignes d'amour. Tous étaient indifférents au fait que leur moralité se dégradait. Certains considéraient le vol comme un moyen de réagir contre le sentiment d'infériorité dû au fait qu'ils se croyaient indignes d'être aimés ; d'autres cherchaient inconsciemment un châtiment, à cause de la culpabilité subconsciente qu'ils ressentaient en raison de l'antipathie qu'ils éprouvaient à l'égard de leur mère. D'autres encore considéraient le vol comme un moyen d'agression contre la société à l'égard de laquelle ils éprouvaient des sentiments d'hostilité, n'ayant pu s'y adapter en raison de l'échec de la première socialisation. D'autres jeunes délinquants enfin cherchaient à obtenir rapidement des biens matériels pour compenser un sentiment d'insécurité engendré par l'absence d'appui affectif. Ils étaient souvent mus simultanément par plusieurs mobiles qui s'étaient fondus en un seul. Il est entendu que les mobiles susmentionnés sont, en principe, inconscients.

En conclusion, on admet actuellement que la soif d'affection, en particulier l'absence d'amour maternel au cours des premières années de la vie, joue en criminogénèse, surtout chez les enfants, mais aussi chez les adultes, un rôle beaucoup plus important que l'absence de moyens matériels, l'hérédité et parfois même le milieu familial immoral. Le vol est, par ailleurs, la forme la plus ordinaire de l'activité criminelle des enfants due à cette cause³¹. Bowlby soutient donc, dans son étude précitée, que le facteur spécifique du vol commis par des enfants est l'absence maternelle³².

³⁰ V. John BOWLBY, *Forty four thieves, their characters and home life*, London, Tindall and Cox, 1946.

³¹ Au sujet des conséquences de l'absence de parents ou de l'abandon des enfants par ceux-ci, par la mère en particulier, cf. notamment Dorothy BURLINGHAM et Anna FREUD, *Infants without families* (Londres, 1943) ; R. SPITZ, *Les parents sont-ils nécessaires ?* Psyché 34, 1949. On connaît par ailleurs, « l'hospitalisme », terme par lequel on exprime, en psychologie, le syndrome d'arriération dans tous les domaines observé chez des petits enfants privés d'amour maternel.

³² Le vol commis par un enfant assez âgé peut être provoqué par un sentiment de jalousie à l'égard d'une sœur ou d'un frère qui, selon l'agent, monopolise l'amour des parents, de la mère en particulier. Le vol a donc, une fois encore, son origine dans un besoin d'affection. Les objets volés n'appartiennent pas nécessairement à la personne inspirant le sentiment de jalousie.

4. On constate souvent comme mobile du vol chez l'adulte une tendance de surcompensation due à un complexe d'infériorité. En s'appropriant des objets ayant une valeur vénale, l'auteur satisfait, de manière plutôt symbolique, son besoin d'acquérir une puissance personnelle.

On connaît enfin les mobiles de nature sexuelle observés parfois chez des cleptomanes. Ces individus ressentent, au moment du vol de certains objets et dans des conditions déterminées (par exemple, lorsqu'ils volent des objets appartenant à une belle femme), une excitation ou même une satisfaction sexuelle. Ils présentent, bien entendu, une anomalie sur le plan sexuel.

Nous citerons maintenant des cas concrets de vols à mobiles insolites (subconscients).

5. *1^{er} cas de vol* ³³.

Il s'agit d'un jeune homme de 21 ans condamné à 10 ans de prison pour vols qualifiés. Son niveau intellectuel est, selon les tests relatifs, « moyen-supérieur ».

C'est le deuxième de quatre enfants, fils d'un ouvrier mineur souvent sans travail et buveur de surcroît qui a quitté le foyer conjugal quand le sujet avait 8 ans, et d'une mère qui, après le départ du père, cessa complètement de s'occuper de ses enfants.

Après une courte scolarité, il quitte l'école pour devenir garçon de courses dans une épicerie : c'est là qu'il vole pour la première fois (vols de timbres de ravitaillement avec lesquels il achète des friandises). Envoyé dans un centre de rééducation, il devient spécialiste de l'évasion, possédé qu'il est du désir de liberté. Il ne fait pas de différence entre pension et prison, étant insensible à la désapprobation que la collectivité fait peser sur cette dernière. Il n'a jamais éprouvé de sentiment de culpabilité.

A 20 ans, il quitte le centre et devient manœuvre dans un chantier de construction, puis employé dans une foire. Il recommence à voler. Il ne tient aucun compte de la situation difficile de sa mère sur le plan matériel, laquelle, écoeurée de sa fainéantise, l'a mis à la porte. Ses vols alors redoublent (il vole à plusieurs reprises des sommes importantes sur la Côte-d'Azur...). Il ne s'est jamais attaché à personne, et ses quelques relations féminines furent éphémères et mar-

³³ Cité par Christian DÉBUYST, *Criminels et valeurs vécues*, Béatrice Nauwelaerts, Louvain, 1960, pp. 259 ss.

quées d'un égocentrisme dédaigneux. En revanche, il se lie facilement avec les animaux et joue des heures durant avec un petit chat « qu'il préfère aux hommes ». L'amitié qu'il éprouve pour son chat qui, lui, ne le trahit pas et qu'il possède à son gré, remplace tout autre attachement. Il est par ailleurs violent, se fâche à la moindre contrariété. De plus, il manque de maturité et les quelques valeurs qu'il reconnaît sont puériles. Son désengagement de la vie régulière, de sa famille, de sa profession *ne fera qu'augmenter au fur et à mesure de ses périodes de détention* (toujours plus fréquentes). Ce qui le caractérise, c'est une arriération affective liée à une immaturité générale de sa conduite sociale.

Il est certain que la vengeance qu'il veut tirer de la société, jointe au caractère obtus de son affectivité (dus au manque d'affection dont il a souffert au cours de son enfance), ainsi que l'absence de principes moraux inhibiteurs par suite du manque d'identification au père, constituent les mobiles profonds des vols systématiques et continuels de ce sujet.

L'ignorance de ses mobiles et les emprisonnements répétés ont aggravé sa tendance au vol au lieu de l'atténuer. En revanche, un diagnostic des mobiles réels établi à temps ainsi que la réintégration dans un milieu dispensateur *d'affection* auraient eu de bien meilleurs résultats.

6. 2^e cas de vol.

Le Dr A. Hesnard, qui cite ce cas³⁴, a été appelé à examiner, après la guerre de 1939-1945, un ouvrier qualifié, marié, père de deux enfants, jouissant d'une réputation de citoyen honnête et travailleur. Il faisait bon ménage avec sa femme et avait de bonnes relations professionnelles.

Mais il ne permettait pas aux siens de pénétrer dans la cave, dont il avait toujours les clés sur lui, ni surtout de parler de cela à des tiers.

Après plusieurs années, la police établit qu'il était l'auteur de nombreux vols dans divers magasins. A la suite d'une perquisition, on découvrit avec surprise dans la cave en question un véritable bazar ; ce n'étaient qu'articles utiles dont la pénurie avait été pénible durant la guerre : caisses de conserves, de sucre, de farine, de vins et de spiritueux, vêtements (même du fil et des aiguilles), ustensiles de cuisine, une bicyclette, etc. *Or le sujet n'avait jamais touché à ces réserves, même quand sa famille se plaignait de ne pas avoir*

³⁴ V. HESNARD, *op. cit.*, p. 152.

assez à manger. C'était un « capital », une « sécurité » vitale. S'il était ennuyé après son arrestation de se voir traiter de voleur et traîné devant le tribunal, il l'était bien davantage à l'idée qu'on allait lui confisquer son capital auquel il tenait comme à la vie.

Cet homme n'était pas un psychopathe. Orphelin de père et de mère, élevé dès sa tendre enfance par une personne étrangère à sa famille, il était de tout temps effrayé et manquait de sécurité. Déprimé par la guerre qui l'avait obligé de se séparer de sa famille adoptive, il vivait en solitaire, sans être pour autant antisocial. Durant la guerre, il souffrit beaucoup, moralement et matériellement, ce qui eut pour effet d'augmenter chez lui une appréhension secrète de l'avenir. Son anxiété, son appréhension, son sentiment d'insécurité furent la motivation psychique de ses vols qui visaient à compenser ces sentiments très pénibles par la constitution d'un « capital de sécurité ».

Lorsqu'il s'agit d'un criminel d'habitude — qui est souvent un voleur — on a coutume d'expliquer son acte comme étant un résultat de l'habitude. Celle-ci ne peut cependant pas être la cause psychique profonde de l'acte. Il est nécessaire d'expliquer *comment* cette habitude s'est formée. Il nous faudra pour cela remonter à la prime enfance pour découvrir les raisons qui provoquèrent les causes psychiques des premiers vols ainsi que l'incapacité permanente de résister, incapacité du Sur-moi et du Moi, laquelle favorisa par la suite la formation de l'habitude ; si celle-ci n'est pas extirpée à temps, elle se transforme en une forte disposition criminelle, désormais difficile à neutraliser.

L'homicide.

7. L'homicide ou la suppression de son semblable (l'Autre) constitue le crime par excellence, l'acte chargé par excellence d'une valeur sociale négative. En effet, dans toute société civilisée, le nombre d'individus commettant un homicide est restreint.

A la lumière de la psychologie des profondeurs actuelle on a établi, comme nous le disions ailleurs, que l'homme, dès sa naissance, est un criminel en puissance. Presque en tout homme existe une tendance à l'élimination, à la suppression de l'Autre, qui constitue pour lui un obstacle insupportable.

De Greeff ³⁵ écrit à ce propos : « Il existe ainsi chez l'homme le plus normal et le plus honnête des mouvements intérieurs orientés

³⁵ DE GREEFF, *Introduction à la criminologie* (P.U.F., 1948) ; il est à noter que l'auteur n'admet pas divers points de la théorie psychanalytique.

dans le sens homicide, mouvements que la psychanalyse met facilement en évidence, notamment sous forme d'exécution symbolique. »³⁶

Néanmoins, chez la grande majorité des êtres humains, cette virtualité d'anéantir l'Autre ne quitte pas le domaine de l'imagination. Chez la plupart des êtres humains en effet, cette tendance est soit soumise à la pression de la réaction consciente, soit radicalement rejetée, de façon subconsciente, sans même qu'il lui soit permis de franchir le seuil du conscient. La tendance criminelle, consciemment réprimée, reste alors théorique ou se réalise symboliquement. Quand elle est refoulée, elle subsiste dans l'inconscient, ne se réalise pas, et entraîne généralement des conséquences lointaines en raison de la pression qu'elle exerce de façon inconsciente.

Chez la minorité restreinte des meurtriers réels en revanche, les tendances homicides latentes, trouvant un terrain favorable tant dans la personnalité de l'auteur, (telle qu'elle a été formée jusqu'à la décision criminelle par l'assimilation et la synthèse dynamique de tous les facteurs y relatifs) que dans les excitations externes du milieu à l'époque où fut prise la décision criminelle, augmentent en puissance, pour mener finalement à l'acte homicide.

Parmi les issues que la tendance homicide trouve sur le plan symbolique, issues constatées chez des individus qui ne deviennent pas des meurtriers et même chez des sujets qui ont la violence en horreur, nous pouvons citer : la suppression onirique de l'Autre (de celui qui constitue un obstacle), l'action symbolique de la mise à mort, l'oubli de prêter assistance à l'adversaire, le bris d'un objet sur lequel la tendance de broyer l'Autre a été transférée.

Une des formes les plus importantes d'une telle mise à mort symbolique est l'homicide moral des ennemis, des individus que l'auteur considère comme des obstacles, au moyen d'intrigues, de calomnies, d'humiliations systématiques, etc.

8. Le cheminement habituel de l'idée homicide qui mène au crime lui-même est à peu près le suivant :

Un individu, toujours affligé de tares psychiques profondes et aiguës dues à une mauvaise socialisation (c'est le cas par excellence des sujets élevés hors du milieu familial), ou à une cause biologique ou enfin aux deux à la fois, conçoit l'idée, vague et imaginaire, de supprimer un individu déterminé, qu'il considère comme un obstacle,

³⁶ Comparer aussi ci-dessus, chap. I C, premier et troisième cas.

comme la cause de l'oppression qu'il éprouve par suite des échecs qu'il essuya dans ses relations avec Autrui, avec la société. C'est donc sur lui qu'il reporte la haine qu'il éprouve pour la société. Plus cette haine augmente, plus ce qui le sépare de la société devient profond ; et inversement, plus il se sépare de la société, plus intense est la haine qu'il lui voue. Il en arrive à croire, avec le temps, *qu'il a le droit* de supprimer la cause de cet état effrayant. Ce processus d'auto-justification, *d'auto-légitimation*, précède presque toujours l'acte criminel chez le passionnel, qui ressent soudain une soif de vengeance, un intense désir de punir l'Autre ; il précède aussi l'acte du criminel qui a froidement prémédité son acte afin d'atteindre des buts nettement conscients. Mais, tandis que chez les criminels passionnels cette légitimation est consciente, car ce type de criminel a le sentiment très net et conscient d'être une victime qui fait justice par son acte — selon sa pseudo-morale, imaginaire et mythique —, chez le reste des meurtriers en revanche ce processus de légitimation, d'auto-justification, se déroule en principe dans le subconscient ³⁷.

Les mobiles qui existent dans chaque cas déterminé peuvent être variés, souvent subconscients, ce qui est surtout le cas du mobile profond principal. C'est l'examen psychologique clinique de la personnalité profonde du sujet qui nous les dévoile.

Nous évoquerons maintenant certains cas caractéristiques présentant des mobiles soit insolites, soit différents des mobiles apparents ou putatifs.

9. 1^{er} cas d'homicide ³⁸.

Il s'agit d'un homme marié, père de famille, momentanément éloigné de sa femme et de ses enfants. Durant son service militaire, il fait parvenir à son chef une lettre contenant des menaces de mort et une balle de revolver parce que celui-ci l'a blâmé. Il se rend ensuite dans le bureau de celui-ci, décidé à l'abattre, mais renonce au dernier moment à mettre son projet à exécution. Nommé plus tard sous-lieutenant pour services rendus dans la Résistance, il se croit un jour menacé parce que la bretelle du fusil de son voisin glisse sur son bras. Se croyant visé, il tire trois coups de revolver sur celui-ci, mais ne l'atteint pas.

³⁷ Cf. DE GREEF, *Amour et crimes d'amour*, Bruxelles, 1942 ; du même auteur, *Le processus criminel*, in *Autour de l'œuvre du Dr De Greeff*, t. I, 1956, pp. 186 ss.

³⁸ Cas publié par D. LAGACHE, comme il est exposé par HESNARD, *op. cit.*, pp. 168 s.

L'acte qui lui est reproché, au moment de l'expertise du Dr D. Lagache, est d'avoir tiré trois coups de revolver sur un monsieur M., mari de madame M. qu'il connaît pour l'avoir reçue dans son bureau antérieurement. Il avoue ressentir une très grande sympathie pour cette femme, — tout en affirmant qu'il n'a jamais éprouvé pour elle aucun désir sexuel. Il lui envoyait des lettres enflammées, auxquelles Mme M. ne répondait pas. Notre sujet prend fait et cause pour Mme M. car il la croit malheureuse et maltraitée par son mari. C'est un fait que le ménage M. marche mal. Un jour il accoste le mari en lui disant : « Je vous ai déjà averti... je n'aime pas qu'on batte les femmes » ; et il lui tire successivement trois balles de revolver. Puis il lui porte secours, ce qui surprend les témoins. La victime est conduite à l'hôpital dans un état grave.

L'instruction n'établit pas du tout que l'assassin fût l'amant de la femme de sa victime. Au contraire, madame M. ayant peur de la réaction de son admirateur, qui lui témoignait une sorte d'amour platonique, se rapproche de son mari et réproche l'acte de l'agresseur. Alors qu'avant l'attentat il l'avait idéalisée en lui disant : « vous êtes une sainte, ma grande amie » et qu'il l'avait approuvée de dénoncer son mari au service du travail obligatoire, il ne se troubla pas de la voir après l'attentat se dresser contre lui, son protecteur. Et il accepta sa protestation avec une indulgence hautaine.

L'histoire de l'inculpé met en évidence sa situation dévalorisante d'enfant né après le divorce de sa mère, portant le nom de celle-ci, car le père ne l'a jamais reconnu et n'a jamais montré le moindre intérêt pour lui. Son existence entière fut dominée par cette idée déprimante de l'absence d'un père et du changement de patronyme. Par réaction, il a idéalisé sa famille maternelle. Désireux de surmonter par l'étude (il était autodidacte) son complexe d'infériorité, mais égo-centrique et agressif en raison de l'hostilité profonde qu'il témoignait à son père et à la société, due à son affectivité non satisfaite du côté paternel ainsi qu'à l'attitude humiliante qu'adopte la société à l'égard des enfants nés de père inconnu (c'est ainsi qu'il est formellement désigné), il réussit dans sa carrière, bien que celle-ci fût marquée de conflits l'opposant à ses supérieurs. Considérant son père comme un ennemi, il adopta avec le temps la mentalité et le comportement d'un persécuteur persécuté. C'est la raison pour laquelle il ne tolérerait pas les critiques de ses supérieurs, qu'il menaçait de mort ; il croyait par ailleurs que les autres avaient l'intention de le supprimer, ce qui l'incitait à tirer le premier. Sa promotion au grade d'officier et sa qualité de maquisard lui conférèrent la possibilité de montrer de la puissance, selon le processus bien connu de la sur-

compensation, en intensifiant son égocentrisme. La femme à laquelle il témoignait tant d'attachement se trouvait dans une situation qui présentait des analogies avec celle de sa mère : en effet il s'agissait d'une femme vivant seule avec son enfant, abandonnée de son époux, comme c'était le cas de la mère de notre homme et de lui-même enfant. Son père battait sa mère, comme la victime maltraitait sa femme. Il reporta sur la victime, dans son subconscient, la haine qu'il nourrissait contre son père, convaincu qu'il commettait là une action héroïque par laquelle il rendait justice à la femme (que, dans son subconscient, il identifiait à sa mère) maltraitée par son mari. Son acte revêtait pour lui un caractère symbolique, à savoir le châtiment du mauvais époux et père qui avait provoqué en lui un traumatisme psychique si profond. Par cet acte, confirmant en quelque sorte sa puissance et son héroïsme, il réagissait en même temps (de façon subconsciente) au complexe d'infériorité dû à sa position désavantageuse (dont le comportement paternel est également responsable).

Ainsi, l'examen clinique psychique approfondi de l'auteur a permis de découvrir les mobiles cachés de son crime, mobiles qui étaient, en premier lieu, la vengeance symbolique tirée de son père et, en second lieu, la réaction à son complexe d'infériorité.

10. 2^e cas d'homicide ³⁹.

Il s'agit en l'occurrence d'un sujet adulte qui a tué un de ses compagnons d'armée pour lui voler sa motocyclette. Première enfance sans amour, vie familiale désordonnée, échec complet de la socialisation, absence de la notion d'autrui, ignorance de la nécessité qu'il y a de s'adapter par le respect d'autrui. Cela provoque chez lui un profond sentiment d'insécurité, donc un manque de confiance en soi, qu'il s'efforce de compenser en s'attachant aux objets qui sont inaltérables. Il s'habitue rapidement à la vie des pénitenciers. Lorsqu'il est appelé à faire son service militaire, il s'adapte difficilement à cette nouvelle existence.

Lors de ses fiançailles, manquant complètement de confiance en lui, il prétend faussement, afin de conquérir l'estime de sa future épouse, posséder une superbe motocyclette, objet susceptible à ses yeux de lui accorder un prestige particulier.

Pour pouvoir présenter la motocyclette qu'il n'a pas, il se décide, avec hésitation, à tuer un de ses compagnons d'armée, uniquement pour lui voler son véhicule. Ses mobiles réels étaient donc le besoin

³⁹ Cas cité par Christian DÉBUYST, *op. cit.*, p. 51 s.

de sécurité et de valorisation de soi par la possession d'un objet, grâce auquel il pût parvenir à s'attacher un être, sa fiancée, dont il a un besoin psychique absolu. C'est pourquoi il considère comme justifiée toute action susceptible de lui permettre d'atteindre son but. Ces sentiments contribuèrent, d'une part à la dévalorisation de la vie d'autrui, d'autre part à une valorisation excessive des objets.

Dans ce dernier cas, les mobiles ont leur origine dans les anomalies psychiques fondamentales, caractéristiques des assassins et des voleurs, nous voulons parler de l'attitude antisociale, de l'agressivité, de la survalorisation des objets et, pour les assassins, de la dévalorisation de la vie d'autrui ; toutes ces attitudes aboutissent à l'auto-justification de l'acte criminel.

11. 3^e cas d'homicide ⁴⁰.

Il s'agit du cas célèbre de Marie Jeanneret, infirmière genevoise qui avait fait mourir sept de ses malades en leur administrant des poisons qui provoquaient chez eux soit un empoisonnement aigu et douloureux, soit un empoisonnement lent et graduel. Elle fut traduite devant la Cour d'Assises de Genève qui la condamna en 1868, à la réclusion. Elle décéda en prison en 1885.

Il s'agissait d'une infirmière capable, jouissant d'une excellente réputation, non seulement pour ses capacités professionnelles, mais aussi pour ses sentiments charitables et ses qualités morales (!).

Elle n'avait aucun mobile utilitaire ni intérêt personnel quelconque à ces empoisonnements qui lui avaient, en revanche, occasionné des dépenses.

La défense soutint qu'elle était toxicomane et se passionnait pour l'étude de l'action des poisons sur l'organisme humain. L'enquête révéla en effet qu'elle avait expérimenté sur elle-même certains poisons et qu'elle s'était même brûlée. Ces expériences avaient pour but, paraît-il, d'étudier l'efficacité de ces poisons.

Ni la passion de l'expérimentation ni la toxicomanie n'étaient le mobile réel de ses actes. Car toutes les fois qu'elle commettait un homicide, elle ressentait une jouissance morale formidable, de caractère sadique, due à la satisfaction d'un instinct de puissance hypertrophié allié à un intense désir de la mort d'autrui. Elle n'était pas non plus atteinte d'une maladie mentale et ne présentait aucune autre anomalie dans ses rapports avec autrui.

⁴⁰ Cité par Henry RHODES, *Le génie et le crime*, éd. Nouv. Rev. Critique, Paris, d'où il fut tiré par DE GREEFF, *Criminologie*, P.U.F., 1948, pp. 401 ss.

La psychologie de cette époque n'avait pas permis de comprendre ce cas d'empoisonnements successifs, n'entraînant aucun avantage pour la coupable qui avait des relations sociales normales et ne présentait aucun symptôme de psychose (et n'en a pas présenté non plus au cours des 17 années de prison qui précédèrent sa mort).

Ce cas présente des points communs avec celui d'Anna Schonleben, empoisonneuse célèbre condamnée à mort, en 1811, en Bavière.

Contrairement à Marie Jeanneret, elle était d'un niveau moral et intellectuel bas. Fille d'un hôtelier de Nuremberg, elle était alcoolique et incita son mari à le devenir aussi. Elle exerça plusieurs métiers, allant de celui de prostituée à celui de cuisinière.

Elle entra au service d'un magistrat et, désirant secrètement en devenir l'épouse, elle empoisonna sa femme. Au cours de son service chez ce magistrat, les invités de son maître étaient souvent malades.

Ayant changé de place, elle empoisonna son nouveau maître, magistrat lui aussi, dès qu'elle apprit qu'il était fiancé.

Elle entra au service d'un troisième magistrat dont la femme fut aussi empoisonnée. Il la congédia, parce qu'elle avait la réputation « d'apporter le malheur » dans les maisons où elle travaillait.

Elle poursuivit son activité homicide jusqu'au jour où elle mélangea, par imprudence, de l'arsenic au sel de cuisine, ce qui attira des soupçons.

L'enquête révéla un bilan surprenant : quatre-vingts personnes empoisonnées. L'examen ne constata, en revanche, la présence d'aucune maladie mentale.

Il est évident que ces quatre-vingts meurtres, commis de la même façon, ne peuvent avoir qu'un mobile commun. Le désir d'épouser le maître de la maison, désir qui apparaît dans certains de ces empoisonnements, ne peut constituer le mobile réel, puisque dans la plupart des autres cas ce désir n'existait pas. D'autre part, la persistance avec laquelle fut répété cet acte effroyable montre qu'il s'agit d'une puissante pulsion criminelle ayant son origine dans le subconscient, et que le Moi est incapable de repousser.

La seule explication plausible est celle que suggère la psychanalyse et qui concerne l'instinct sadique, longtemps dissimulé par l'auteur, d'acquérir de la puissance. C'est ainsi que deux personnalités aussi différentes que Marie Jeanneret — honnête (!), intelligente, capable, et apparemment morale (!) — et Anna Schonleben — une épave de la société — avaient un mobile commun lorsqu'elles commettaient leurs actes criminels : la manie sadique de puissance et le

désir de la mort d'autrui, provoqués par des traumatismes psychiques remontant à la tendre enfance. A notre avis, ces traumatismes doivent avoir été liés à des tares biologiques, en raison de la gravité extrême de l'anomalie psychique ; dans ce cas, c'est le facteur biologique qui offre, en principe, un terrain propice à la genèse de celle-ci.

12. 4^e cas d'homicide ⁴¹.

M., âgé de 28 ans, est d'apparence correcte. Il est marié et père de famille. Il a tué sa femme en lui portant deux coups de couteau dont elle mourut peu après.

L'auteur perdit à l'âge de 9 ans son père qui était buveur. Il était bon écolier ; puis il travailla dans une filature. Sa vie sexuelle, qui commence à 15 ans, est normale. A 18 ans, il s'éprend d'une jeune femme nommée Andréa, qu'il cesse de voir deux ans durant. Il la revoit ensuite, se fiance en 1936, puis se dispute avec elle parce qu'il est jaloux. Elle est en effet enceinte des œuvres d'un autre homme. En 1937, M., à la suite d'un grave accident de motocyclette, souffre d'une fracture de la base du crâne. Quelque temps après, il revoit Andréa, décide de l'épouser et de reconnaître l'enfant (dont il n'est pas le père, comme nous l'avons déjà dit). Il désire arracher Andréa à sa mauvaise conduite. Mais elle continue à avoir des amants et s'absente souvent la nuit. Elle donne naissance à un enfant légitime, mais le conflit se poursuit entre les époux. Andréa couche, durant un certain temps, chez ses parents. M. songe à divorcer.

Peu après la déclaration de guerre en France, M. est mobilisé et passe chez sa femme pour voir leur enfant. Au cours de cette période de guerre, ils correspondent. Elle lui annonce qu'elle est de nouveau enceinte, mais il doute de sa paternité. L'enfant attendu vient au monde. Andréa continue à mener une vie scandaleuse. Venu en permission, M. ne la trouve pas à la maison. A son retour il la gifle ; ils ont pourtant des rapports sexuels. Il constate qu'elle néglige leurs enfants. Il désire divorcer, souhaite sa mort (naturelle), mais commence à vouloir se venger d'elle. Malgré tout, il hésite à divorcer, bien qu'il soit dégoûté de cette existence. Andréa continue à lui écrire des lettres tendres. Rentré de nouveau en permission, il constate qu'elle n'habite plus dans la maison conjugale. Il dépose contre elle une plainte pour vol et, se rendant chez elle accompagné d'un gendarme, il la trouve toute pimpante, prête à sortir ; il la gifle. Il la

⁴¹ Exemple tiré de D. LAGACHE, *Les conduites criminelles de l'adulte* (Bulletin de psychologie de la Sorbonne, mars 1961).

menace et lui dit qu'en mars, lorsqu'il aura sa permission, « du sang coulera ». C'est à partir de cette date que M. commence à s'habituer à l'idée du crime. Malgré cela, ils échangent encore quelques lettres ; celles de M. sont froides et sombres. Il vient de nouveau en permission, passe la nuit avec sa femme, constate un avortement et la dénonce.

Quelques jours après, il aiguise un couteau. Il demande un entretien à Andréa chez un ami, où elle se rend. Il lui reproche de sentir l'alcool ; elle répond : « Je sais ce que j'ai à faire. » Cette réponse met M. en colère ; il la frappe de toutes ses forces de deux coups de couteau.

Ce crime a été rangé par Lagache dans la catégorie des crimes passionnels. Il est hors de doute qu'il présente les caractéristiques du crime passionnel, que De Greeff définit comme étant « le crime engendré par un conflit d'amour et de haine entre deux personnes ». En effet, il existait en l'occurrence une accumulation dynamique de haine et de colère dans l'âme du criminel à l'égard de sa femme ; cependant il éprouvait pour elle, semble-t-il, à la fois de la sympathie et de l'humiliation. Cette dernière tenait d'une part, au fait qu'elle le trompait constamment, d'autre part, au fait qu'il ressentait comme une injustice le comportement scandaleux et ingrat de sa femme, alors qu'il avait fait preuve de beaucoup d'indulgence envers elle.

Ce qu'il y a de particulier dans ce crime, c'est qu'à l'inverse de ce qui caractérise ordinairement les crimes passionnels — c'est-à-dire un long conflit psychique, douloureux et angoissant, mais une réaction instantanée et spontanée déclenchant l'action criminelle — celui-ci est caractérisé par une longue élaboration psychique qui prépare l'assentiment mais aussi la réalisation (préméditation)⁴².

Quoi qu'il en soit, il s'agit en l'occurrence d'un acte dont le mobile est une colère haineuse, qui n'est pas à proprement parler de la jalousie, mais un besoin de compensation de l'humiliation personnelle éprouvée par l'auteur et provoquée par le comportement de la victime.

⁴² Au sujet de la préméditation, cf. ci-dessus p. 48. Cf. aussi un cas analogue p. 150.

13. 5^e cas d'homicide ⁴³.

Un jeune homme, orphelin de père, se trouve avoir un beau-père du fait que sa mère s'est remariée. Celui-ci, ancien ouvrier de son père, exerce le métier de maréchal-ferrant. Il se comporte de façon barbare et cruelle à l'égard de son beau-fils, afin de l'obliger à quitter le domicile familial et de pouvoir jouir de toute la fortune du père du jeune homme. Comme ce dernier s'est épris de la fille d'un voisin, il subit tous ces sévices pour rester dans le quartier. Ajoutons qu'il a une excellente conduite et jouit de la considération générale des gens de l'endroit où il demeure.

Un jour, alors qu'il passe devant le four familial, il voit son beau-père penché, en train d'en extraire les cendres. Soudain il pousse, de toutes ses forces, son beau-père dans le four et en referme la porte. Le beau-père meurt en quelques instants.

Le meurtrier avoua immédiatement son acte, en ajoutant qu'il ne s'était pas rendu compte de la façon dont se déroulèrent ces événements, du fait même de la rapidité de son action.

L'acte semble être, au premier abord, un acte impulsif, alors qu'il ne l'est aucunement, car si les mobiles sont, en effet, inconscients au moment du crime, ils n'en existent pas moins et sont aisément explicables. Une forte haine à l'égard de son beau-père s'était accumulée dans l'âme de l'agent qui désirait vivement sa mort, de façon subconsciente ou consciente. L'excitation finale externe fut si puissante qu'il n'eut pas le temps de réfléchir à son acte avant que la haine accumulée et les tendances exterminatrices subconscientes ne l'y eussent directement poussé, sans que le Moi eût pu s'y opposer. Il existait donc, en fait, une attitude psychique antérieure, génératrice de l'acte, lequel, en raison de la rapidité de la décision et de son accomplissement, peut être qualifié de compulsif.

Il s'agit là d'un cas net de ce qu'en psychanalyse on appelle « mécanismes de défense du Moi ». Comme le Moi du jeune homme ne pouvait pas admettre l'idée homicide sans un bouleversement de son « économie psychique », le désir profond et subconscient de l'élimination du beau-père devint apparemment autonome et agit de façon explosive, en laissant le Moi en dehors de cette action ⁴⁴.

⁴³ Exemple cité par H. GROSS, *Zur Frage des reflectoiden Handelns*, in *Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik*, t. VII, 1901, pp. 155-158.

⁴⁴ Sur ce sujet et sur la différence existant entre l'acte compulsif et l'acte impulsif, v. *supra*, pp. 49 ss.

SECONDE PARTIE

LES MOBILES DANS LE CPS

SECTION A

DISPOSITIONS DE LA PARTIE GÉNÉRALE DU CPS AYANT TRAIT AUX MOBILES

CHAPITRE PREMIER

LES MOBILES DANS LA FIXATION DE LA PEINE

A) LA FIXATION DE TOUTE PEINE.

1. L'avant-projet Stooss de 1893 a été parmi les premiers à introduire les mobiles comme une notion dont il y a lieu de tenir compte dans la fixation de la peine¹. Le juge, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, choisira la peine et en fixera la dose d'après la culpabilité du délinquant. Les mobiles sont cités par le CPS comme le premier indice pour la constatation de la culpabilité (art. 63)².

Depuis lors, plusieurs codes pénaux ont introduit les mobiles dans leurs dispositions concernant l'application judiciaire de la peine, mais ils ne l'ont pas fait de façon uniforme.

¹ A notre connaissance, le premier projet qui ait tenu compte des mobiles est le Projet Mancini de 1876, qui distingue, dans l'application de deux peines parallèles mais de gravité différente, les délits commis « per impulso più malvaggio abbietto o disonorevole » de ceux qui sont commis « per impulso non malvaggio e meno biasimevole per se stesso ». V. *Progetto Ferri*, Vallardi-Milano, 1931, p. 47. Il faut noter néanmoins, que le Code féd. suisse de 1853, art. 31 c), prévoyait l'aggravation de la peine « je grössere Beharrlichkeit, Verwegenheit oder List bei Vorbereitung und Vollbringung der That gezeigt worden ist », ce qui peut implicitement sous-entendre les mobiles. Mais les mobiles n'y figuraient pas expressément comme un élément influant sur la peine.

² C'est là le résultat de l'influence qu'ont exercé, dans une certaine mesure, les études des positivistes italiens. V. *supra*, pp. 68 ss., doctrine italienne (FERRI, etc.) en confrontation avec le Message du CF, 1918, p. 6, où « ...les recherches de l'école positiviste italienne de Lombroso, Ferri, Garofalo... » sont expressément mentionnées. Mais il faut noter qu'en Suisse PESTALOZZI avait déjà entrevu l'importance des mobiles (v. SCHULTZ, *Kriminalpolitische Aspekte der Strafrechtsreform*, p. 37).

Nous pouvons distinguer deux tendances principales : pour l'une les mobiles sont pertinents au diagnostic de la personnalité et plus particulièrement de la *disposition criminelle* (état dangereux ou redoutabilité)³ de l'accusé ; pour l'autre, ils sont pertinents à l'appréciation du degré de la *culpabilité*. Si l'on se fonde sur la personnalité du délinquant et en particulier sur sa disposition criminelle, le but de la peine est alors l'utilité, c'est-à-dire la prévention et en particulier la prévention spéciale. La peine devrait donc être utile et conforme aux besoins éducatifs d'un délinquant déterminé⁴. Si en revanche on se fonde sur la culpabilité, la peine visera à la rétribution et devra être proportionnée à la faute, sans qu'il soit tenu compte de son utilité.

Le code suisse a fait de la culpabilité le fondement de son système répressif. Par conséquent, c'est (conformément à l'art. 63) sur la base de celle-ci que le juge choisira la peine, dans les limites de la liberté que la loi lui laisse. Les trois éléments cités dans l'art. 63 (mobiles, antécédents et situation personnelle) l'aideront à trouver *le degré de cette culpabilité*, et, partant, une peine proportionnée à celle-ci⁵.

Le C.P. It. (art. 133) prévoit deux critères pour la fixation de la peine : d'une part la personnalité du délinquant — et, plus particulièrement, sa disposition criminelle —, d'autre part, la gravité de l'acte⁶. Le C.P. grec, dans son art. 79, a sur ce point suivi le C.P.

³ Pour plus de détails sur la notion de la disposition criminelle, v. *supra*, p. 117 ; sur la relation existant entre disposition criminelle et périculosité, v. pp. 117 ss.

⁴ Dès lors il serait plus juste de parler de sanction ou de mesure pénale et non de peine.

⁵ Les dispositions de l'art. 63 y relatives sont claires et l'interprétation admet de façon unanime que les trois éléments cités dans l'art. 63 servent de symptômes pour diagnostiquer la culpabilité : v., p. ex., SCHWANDER, *op. cit.*, p. 233, n° 428 ; HAFTER, *Lehrbuch des schw. Strafrechts*, A.T., 2. Auflage, p. 352, II ; GERMANN, *Das Ermessen des Richters*, in RPS, 56 (1942), p. 24 ; MAURER, *Die Strafzumessung im schw. Stgh.* (thèse) Zurich, 1945, p. 34 ; ZBINDEN, *Die Leumundsbericht*, in RPS, 1947, p. 199 ; LOGOZ, *Commentaire*, P.G., 1939, n. 3 sur l'art. 63 ; SCHULTZ, *Einführung in den A.T. des Strafr.*, t. II, p. 56. Néanmoins, une partie des auteurs suisses admettent que ces éléments servent également à diagnostiquer le besoin de rééducation, v. *infra* n° 3 de ce même chapitre.

⁶ Ces deux éléments sont considérés en Italie, dans l'interprétation la plus juste (V. GRISPIGNI, *Dir. Pen. Italiano*, I, 1950, p. 172, n. 87 ; MALINVERNI, *Motivi a delinquere*, Digesto X, p. 967), comme constituant seulement deux phases du travail mental imposé par l'art. 133, travail qui est unique. En effet, la personnalité de l'agent éclaire l'acte, lequel en même temps nous renseigne sur la personnalité de l'agent. Selon GRISPIGNI, l'acte n'est que la personnalité agissante ; d'ailleurs, la personnalité s'extériorise et se concrétise par l'acte.

italien. Les mobiles sont donc prévus dans les deux codes comme des éléments servant à diagnostiquer la personnalité et notamment la disposition criminelle de l'auteur⁷.

Le récent § 13 de la première loi modificatrice du C.P. All.⁸ adopte également un double critère : celui de la culpabilité (comme le CPS) et en même temps celui « des conséquences qu'on devrait attendre de la peine pour la vie subséquente de l'auteur dans la société », c'est-à-dire l'utilité de la peine au point de vue de la prévention spéciale. La peine doit donc être en même temps proportionnée à la faute et aux besoins de rééducation de l'agent. Les mobiles et les buts sont mentionnés dans l'al. 2 du même § 13 comme circonstances témoignant « pour ou contre l'auteur », sans autre précision ; il en va de même de la « *Gesinnung* » et de la volonté⁹.

Donc, la gravité de l'acte également servirait plutôt de critère pour le diagnostic de la personnalité du délinquant. Le C.P. It., à l'art. 133, emploie l'expression « la capacità criminale », ce qui signifie « disposition criminelle » ; celle-ci cependant est plus légère que celle que prévoit l'art. 203 pour l'application d'une mesure de sûreté. V. la divergence, plus apparente que réelle, sur ce point qui sépare ANTOLISEI (*Manuale di Dir. Pen.*, pp. 513 s.) et GRISPIGNI (*Dir. Pen. ital.*, I, pp. 174, 181-182).

⁷ En Italie les avis opposés sont rares : BETTIOL (*Diritto Penale*, 1966, pp. 332 ss.) et PETROCELLI (*La funzione della pena*, in Riv. di dir. penit., 1935, et *Principi di dir. pen.*, pp. 75 ss.) considèrent les éléments de l'art. 133 comme des indices de la culpabilité ; par ailleurs, NUVOLONE estime que le C.P. It. consacre, par cette disposition, la culpabilité de l'auteur (« *Täterschuld* », « colpa dell'autore »), v. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema penale*, 1942, *passim*. RANIERI paraît admettre la même opinion, v. *I problemi della colpevolezza...*, p. 482. Sur la notion de la « *Täterschuld* » v. *supra*, p. 124. A notre avis, la peine ne devrait en tout cas pas être proportionnée à la disposition criminelle, à moins qu'on lui enlève son caractère de « reprochabilité » (ce qui la réduirait à une simple sanction), ou qu'on admette la « *Täter- ou Lebensführungsschuld* » (contre laquelle nous nous sommes déjà prononcée).

⁸ Modification de 1969. C'est la première fois que le C.P. All. contient une disposition sur la fixation de la peine.

⁹ Dans cet alinéa, sont cités comme « circonstances témoignant pour ou contre l'auteur » (sans distinction aucune et servant en même temps les deux critères) : les mobiles, les buts, la tendance ou disposition ou mentalité (« *Gesinnung* »), la volonté, le degré de l'opposition au devoir (« *Pflichtwidrigkeit* »), le mode d'exécution et les conséquences imputables à l'auteur, comme aussi ses antécédents et son comportement après le délit.

Il nous semble que ce double critère allemand contient une antinomie qu'il n'est pas facile de surmonter : v. *infra*, n° 4 du présent chapitre ; MAURACH, *op. cit.*, A.T., pp. 838 s., tâche de la surmonter grâce à deux principes : « *Prävention innerhalb der Vergeltung* » (prévention par la rétribution), ainsi que « *Stufenfolge der Zwecke* » (échelonnement des buts), selon lequel on ne prend en considération le but suivant de la peine que lorsque le précédent ne paraît pas positivement suffisant ; mais il nous semble qu'il ne fait que déplacer le problème : en effet, quand devrait-on considérer qu'un but apparaît comme « *positiv genügend* » ? A la p. 844 (fin § 63, II A), en confr. avec la p. 78, il finit par tout inclure dans la culpabilité.

2. Cette différence de position prise par les divers codes entraîne une différence dans la manière de considérer les mobiles. En effet, ceux-ci seront examinés dans une autre optique selon qu'ils sont considérés comme indices de la culpabilité ou comme indices de la disposition criminelle.

Nous avons exposé plus haut notre opinion sur le sens de la disposition criminelle et de son expression dans les mobiles.¹⁰ Ceux-ci révèlent, à notre avis, deux aspects de la disposition criminelle : quantitatif et qualitatif. Le degré d'appartenance de ces mobiles à la personnalité ordinaire de l'agent, c'est-à-dire *le degré où ils sont endogènes*, est un indice de la *quantité* de la disposition criminelle (et de la périculosité), cependant que *le degré d'antisocialité* de ces mobiles est un indice de la *qualité* ou *gravité* de cette disposition (et de la périculosité). Quant au rôle des mobiles comme indices de la *culpabilité*, nous avons déjà soutenu l'opinion qu'ils ne servent comme tels que pour l'appréciation *qualitative et non pas quantitative* de la culpabilité¹¹.

De cela on peut conclure que, étant donné que l'examen de l'appartenance des mobiles à la personnalité du délinquant ne constitue pas un indice de la culpabilité, il ne peut pas en Suisse intervenir dans la fixation de la peine, laquelle repose dans ce pays sur la culpabilité et la rétribution.

On ne procédera à cet examen que dans les cas où le CPS impose expressément l'examen de la périculosité. Cette dernière constitue le critère pour l'application des mesures de sûreté et non de la peine.

C'est à ce titre exceptionnel que la périculosité ou redoutabilité est exigée dans la partie spéciale et, partant, l'examen en question devra être fait dans les cas de certains délits qualifiés : assassinat (art. 112), vol par un auteur particulièrement dangereux (art. 137/2), brigandage par un auteur particulièrement dangereux (art. 139/2) ; dans tous ces cas, *la peine* est, à titre exceptionnel, aggravée en raison de la *périculosité* accrue de l'agent, ce qui, à notre avis, n'est pas en harmonie avec le principe posé par l'art. 63, à savoir que la peine est proportionnée à la faute de l'agent¹².

¹⁰ V. *supra*, pp. 117 ss. et 128 s.

¹¹ V. *supra*, prem. p., chap. III, pp. 110 ss. A moins qu'on n'admette pas « la faute de conduite » ou « la faute de caractère » (« Lebensführungsschuld ») ; sur ce point v. *supra*, p. 124.

¹² L'ATF 88 IV 61, JdT 1962 IV 74, admet que la peine peut être aggravée lorsque les circonstances « témoignent d'une nature si asociale et d'un tel défaut de contrôle moral que celui qui en est affecté paraît de ce fait particulièrement exposé à commettre à l'avenir des infractions semblables ou de même nature ».

3. Néanmoins, l'opinion contraire ne serait pas dénuée de tout fondement.

Il y a, en effet, des arguments assez nombreux pour soutenir l'opinion que le CPS ne vise pas exclusivement, dans la fixation de la peine, à la rétribution, mais aussi à la prévention spéciale¹³.

Il est à noter au préalable que, même en admettant l'opinion qui considère la culpabilité et la rétribution comme les seuls fondements de la fixation de la peine, la prévention n'est pas complètement exclue. La seule menace de la peine que fait peser la loi et l'application immanquable d'une peine comme conséquence de tout acte punissable suffisent pour la prévention générale. D'ailleurs la prévention générale, selon l'opinion la plus juste, ne doit pas être prise en considération par le juge lors de la fixation de la peine¹⁴. Quant à la prévention spéciale, elle ne serait atteinte que dans les cas, plutôt rares, où la peine rétributive coïnciderait par hasard avec la peine adéquate et appropriée à la socialisation et à l'amendement du criminel¹⁵.

L'opinion contraire ne laisse pas la satisfaction de la prévention spéciale au hasard ; elle la considère comme *l'un* des buts — sinon comme le but unique — auquel cette fixation doit viser.

Il est clair que cet arrêt considère la disposition criminelle (« nature asociale », « défaut de contrôle moral ») et, partant, la périculosité (« particulièrement exposé à commettre à l'avenir des infractions... ») comme un critère pour la fixation de la peine. Et comme les mobiles sont parmi les indices les plus importants de la disposition criminelle et de la périculosité, il faudra en tenir compte dans la fixation de la peine. Cette thèse nous paraît erronée pour les raisons développées dans le texte. V. la critique qu'a faite de cet arrêt Ph. GRAVEN, *Les mesures de sûreté dans le droit et la jurispr. suisses*, in *Mémoire* publié par la Fac. de droit de Genève, 1969, p. 72 ; l'auteur le considère comme non conforme à l'art. 63 du CPS puisque cette disposition introduit des considérations étrangères à la culpabilité. A notre avis, l'ATF 1946 IV 116, qui considère que la périculosité accroît la culpabilité, aurait tort également. *Contra*, à juste titre, l'ATF 1947 IV 224 ; v. aussi SCHWANDER, *op. cit.*, p. 234, n° 429 et p. 252 n° 447.

¹³ Le fait que le CPS en général tient compte aussi de la prévention spéciale résulte indiscutablement de plusieurs de ses dispositions, parmi lesquelles celles qui prévoient toutes les mesures de sûreté, le traitement des mineurs, le sursis, la libération conditionnelle et le but éducatif dans l'exécution de toute peine d'emprisonnement et de réclusion. La question traitée ici est de savoir si la prévention spéciale peut, conformément à la loi, intervenir dans la fixation de toute peine.

¹⁴ Sur ce sujet v. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, pp. 328 ss. et du même auteur in von Weber-Festschrift, 1963, pp. 75 ss. en particulier p. 96 ; Eb. SCHMIDT in ZStW. 1955, pp. 193 ss. Dans ce sens : RO 68 IV 76, JdT 1943 IV 19, RO 68 IV 79, JdT 1944 IV 69, JdT 1947 IV 106. Néanmoins v. JdT 1949 IV 56, JdT 1965 IV 100.

¹⁵ Ainsi PFENNINGER, *Die Freiheit des Richters in der Strafzumessung*, in SJZ, 30, p. 213.

C'est ainsi que Stooss lui-même a souligné à plusieurs reprises que la culpabilité (« Schuld ») elle-même est l'unique fondement de la fixation de la peine. Cependant, dans sa réfutation de l'opinion de v. Liszt — lequel fonde son système sur la « Gesinnung », à laquelle il donne le sens de disposition criminelle¹⁶ — il soutient que « für den Staat ist derjenige weniger gefährlich, der reinen Herzens eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, als derjenige, der durch seine Tat eine niederträchtige Gesinnung bekundet »¹⁷. Cela pourrait signifier que Stooss lui-même prenait le mobile en considération comme indice de la *péculiosité*. Mais, puisque de l'ensemble de son article se dégage l'opinion contraire, on devrait plutôt admettre que Stooss n'avait pas à cette époque suffisamment précisé la différence qu'il y a entre culpabilité et *péculiosité*¹⁸ et qu'il voulait tout simplement par cette phrase souligner l'importance que revêt la valeur éthique pour la gravité du délit, valeur considérée comme insignifiante par v. Liszt.

Toutefois un autre passage de Stooss¹⁹, qui constitue une ligne directrice de son avant-projet, énonce que « les peines et notamment les peines privatives de liberté seront appliquées avec la plus grande réserve et seulement lorsqu'on peut en attendre un effet utile ». Par conséquent, elles ne doivent être appliquées que lorsqu'elles servent à la prévention.

L'art. 37 du CPS préconise explicitement comme but de l'*exécution* des peines de réclusion et d'emprisonnement (qui, d'ailleurs, constituent les peines courantes), le redressement du détenu et sa préparation à la vie libre.

En outre, plusieurs juristes qui ont élaboré le premier projet du code pénal après Stooss ne partageaient pas son avis quant à l'exclusivité de la faute comme fondement de la peine. Ainsi Zürcher en particulier — membre de la deuxième Commission d'Experts — écrit ce qui suit²⁰ : « Während die Strafrahen des besonderen Teiles

¹⁶ V. v. LISZT in ZStW. 16, p. 496 ; v. *supra*, p. 79.

¹⁷ STOOSS, *Das Motiv im Entwurf...*, loc. cit., p. 170.

¹⁸ La *péculiosité* était prise en considération par v. LISZT à l'exclusion de toute considération éthique (v. *ibidem*). Nous considérons personnellement que cette opinion n'est pas juste et que, comme nous l'avons déjà dit plus haut, la moralité des mobiles, c'est-à-dire l'écart qu'il y a entre le mobiles concrets d'un délit et le sentiment moral d'une société, constitue un indice de la *gravité* de la *péculiosité*.

¹⁹ Cité par Ph. GRAVEN, *La réforme pénale européenne et le CPS*, in RPS, 1969, p. 245. C'est nous qui soulignons.

²⁰ ZÜRCHER, *Erläuterungen zum Vorentwurf 1908*, Bern, 1914, p. 99. C'est nous qui soulignons.

mit Rücksicht auf die Generalprävention gezogen sind, gestatten die vorliegenden Vorschriften die Ziele der Spezialprävention zu verfolgen (...), indem die Strafe so bestimmt wird, dass *am ehesten eine günstige Wirkung* erwartet werden kann. »

Le Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale, daté du 23 juillet 1918, adopte la même position. Sur l'art. 63 il dit textuellement : « A teneur de ces règles générales, le juge doit chercher à fixer les causes internes et externes de l'infraction, la puissance du penchant au délit et la mesure dans laquelle le délinquant est susceptible d'être influencé par la peine »²¹. Et Seiler, le rapporteur de l'Assemblée Fédérale, parlait durant la discussion sur le projet du C.P. de « ... richtige Wahl der Sanktionen im Hinblick auf einen zweckmässigen Vollzug ». Pfenninger²² et Hafter²³ semblent partager cette opinion. G. Maurer²⁴ rejoint aussi cette interprétation lorsqu'il indique la possibilité d'introduire la prévention spéciale, fondée sur la disposition criminelle, dans la notion de la « situation personnelle » (« persönliche Verhältnisse ») citée dans le même art. 63. Hafter considère aussi qu'on pourra introduire cet examen dans « Vorleben » et « persönliche Verhältnisse »²⁵.

4. En dépit des arguments susmentionnés, nous croyons que l'interprétation la plus juste serait celle qui poserait la culpabilité comme seul fondement de la fixation de la peine²⁶, et ce pour deux raisons. Premièrement, une telle interprétation est imposée, nous semble-t-il, par l'expression très claire de la disposition du code. En outre, admettre les deux critères simultanément — à savoir celui de la culpabilité et celui de la disposition criminelle ou périculosité, critères

²¹ V. *Message*, p. 27. La mesure dans laquelle l'accusé est amendable, est un élément mentionné par le Message du CF et proposé également par FREY (RPS 1951, 298), HAFTER (A.T., p. 354 s.) et SCHWANDER (*op. cit.*, n° 429) ; il pourrait intervenir soit dans un système rétributif (puisqu'il influerait sur la gravité du mal infligé), soit dans un système rééducatif (puisqu'il se référerait au choix de la mesure nécessaire pour la resocialisation).

²² *Die Freiheit des Richters...*, loc. cit., p. 215 (*in fine*).

²³ *Lehrbuch des schw. Strafrechts*, A.T., 2^e éd., § 66, p. 343. Il écrit que le but du législateur est une rétribution juste, « gerechte Vergeltung », mais que le juge doit prendre en considération les besoins de prévention spéciale et générale.

²⁴ *Die Strafzumessung...*, pp. 38 et 132.

²⁵ HAFTER, *op. cit.*, p. 354. Nous ne voyons quand même pas pour quelle raison l'on pourrait admettre une telle solution pour les antécédents ou la situation personnelle et non pour les mobiles, car une telle différenciation serait contraire à l'énoncé de la loi.

²⁶ De cet avis sont également : SCHWANDER, *op. cit.*, 234, et Ph. GRAVEN, *Les mesures de sûreté...*, loc. cit., p. 72, n. 87.

qui ne vont pas de pair et qui sont quelquefois inversement proportionnels — créerait des difficultés insurmontables pour le juge²⁷. Ces difficultés ne pourraient être surmontées que si le code prescrivait la prépondérance de l'un ou l'autre critère, ce qui n'est pas le cas. Mais alors il s'agirait au fond d'un seul critère, puisque l'autre ne serait respecté que par hasard, toutes les fois que sa satisfaction coïnciderait avec celle du critère prépondérant.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, ce n'est que par hasard que la rétribution et la prévention spéciale entraîneraient la même peine. Il se présenterait au juge des cas nombreux où la peine qu'il devrait fixer sur la base de la rétribution serait inutile au point de vue éducatif²⁸ ; et, vice-versa, des cas où une peine utile au point de vue éducatif ne serait pas proportionnée à la culpabilité, autrement dit, la disposition criminelle serait grande et la responsabilité petite. Dans ces cas, le juge se trouverait dans une impasse, ne sachant lequel des deux critères adopter.

En admettant donc *la culpabilité* comme *critère unique pour la fixation de la peine* selon le CPS, nous évitons cette contradiction et cette impasse²⁹.

La périçulosité n'a été retenue par le législateur suisse que dans les cas-limites d'état dangereux, dans lesquels il a prévu la prise de mesures de sûreté contre le délinquant³⁰.

Conséquemment à notre interprétation, le seul examen des mobiles admissible dans le cadre du CPS en matière de mobiles est celui du *degré de moralité* de ceux-ci³¹, lequel est proportionnel à la gravité de la culpabilité.

²⁷ V. *supra*, p. 121 : SCHWANDER exclut le critère de périçulosité pour la même raison : *op. cit.*, p. 234.

²⁸ V., sur ce sujet, PFENNINGER, *op. cit.*, p. 213.

²⁹ Cela ne veut pas dire qu'en théorie nous considérons cette solution comme la meilleure. La conception de traitement et d'éducation du délinquant gagne tous les jours du terrain dans la lutte anticriminelle internationale, préconisée par l'O.N.U. et par le Conseil de l'Europe, ainsi que dans les législations modernes, cependant que la responsabilité pénale et la rétribution traversent une crise : EXNER, *Die Kriminalpolitik im schw. Stgb.* in RPS 1917, p. 199. V. DE GREEFF, *La notion de resp. en anthr. crim.*, in R. Dr. P. Cr., 1931, pp. 445 ss. ; PINATEL, *Biologie et responsabilité*, in RSC, 1968, pp. 672 ss. ; J. GRAVEN, *L'évolution de la notion de « responsabilité pénale » et ses effets*, in R. Int. Cr. P.T., 1964, p. 182 ; P. CORNIL, *L'impasse de la responsabilité pénale*, in R. Dr. P. Cr., 1962, pp. 637 ss. ; « La responsabilité pénale », Travaux du Colloque de philos. pénale de Strasbourg, 1961 ; Colloque de la Fac. de droit de Toulouse, 1969, pp. 99 ss.

³⁰ A l'exception des cas cités *supra*, n° 2 *in fine*, p. 164.

³¹ V. plus haut, pp. 112 s. Contra, GERMANN, *Das Verbrechen...*, pp. 54 et 58, qui admet l'examen des mobiles du point de vue de la « *Persönlichkeitsadäquanz* ».

5. Il reste donc à approfondir le sens de cet examen. Premièrement, les mobiles sont pris ici dans leur acception la plus large, laquelle comprend tous les phénomènes affectifs (sentiments, pulsions, tendances) qui ont donné naissance à la décision criminelle ³².

Quant aux termes de mobile « moral » et de mobile « immoral », ils sont, comme nous l'avons déjà soutenu, synonymes de mobile « social » et de mobile « antisocial » ³³.

C'est le sentiment moral *d'une certaine société, à une époque donnée*, qui fournit le critère pour la qualification des mobiles ; le juge n'est que le représentant de cette société ³⁴.

Nous avons déjà développé l'opinion selon laquelle le degré de la moralité ou de la « socialité » du mobile n'est pas à juger d'une façon complètement abstraite. Il dépend aussi de l'importance du bien lésé et de l'étendue du dommage porté à celui-ci, c'est-à-dire du résultat ainsi que des circonstances de l'acte ³⁵. Bien entendu, ce résultat ne peut influencer sur le caractère immoral du mobile que s'il correspond à l'attitude psychique du criminel, c'est-à-dire seulement s'il a été désiré et visé par lui ³⁶. D'ailleurs, ce n'est que dans ce cas que le résultat se reflète dans la poussée affective vers l'acte (= mobile).

C'est justement pour la raison que nous venons de donner que le même mobile n'a pas la même répercussion sur le degré de faute dans les divers actes.

Ainsi donc, il faut éviter dans la partie générale l'énumération détaillée des mobiles antisociaux, puisque les mêmes mobiles et sur-

³² Ainsi HAFTER, *Lehrbuch*, *op. cit.*, p. 353 ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 233, n° 428 ; LOGOZ, *Commentaire*, P.G., p. 273. — STOOS aussi considérerait les mobiles dans un sens large, mais il en excluait la « Gesinnung », dans le sens que lui donne v. LISZ, c'est-à-dire dans le sens de la disposition criminelle. V. STOOS, *Das Motiv...*, *op. cit.*, pp. 170 s.

³³ V., pour plus de détails, *supra*, pp. 113 ss. Cf. SCHULTZ, *Einführung in den A.T. des Strafr.*, t. II, pp. 56 et 63 s.

³⁴ Dans ce sens ATF in JdT, 1972, IV, p. 52 ; THORMANN - v. OVERBECK, *op. cit.*, n. 5 ad art. 64 CP. Néanmoins v. *supra*, pp. 115 ss., en ce qui concerne les délits ayant trait aux droits fondamentaux de l'homme et du citoyen.

³⁵ V. pour plus de détails *supra*, p. 115 ; v. également p. 71 (opinions de CONTI). Le TF paraît admettre plutôt une opinion contraire dans JdT, 1972, IV 52, lorsqu'il dit que l'appréciation du juge (sur le caractère honorable des mobiles) doit être « indépendante de l'acte... »

³⁶ LOGOZ, *op. cit.*, P.G., n. 6, sur l'art. 63 ; HAFTER, *op. cit.*, A.T., p. 356 ; MAURER, *op. cit.*, pp. 55-56. Ces auteurs estiment que le résultat de l'acte peut être pris en considération dans la fixation de la peine s'il est couvert par la culpabilité. Il peut donc être pris en considération pour l'appréciation des mobiles également, puisque ce sont précisément les indices de la culpabilité. — Contra : THORMANN — v. OVERBECK, *Kommentar zum schw. Stgb.*, Zurich, 1940/41, Rem. 6 sur l'art. 63 ; ces auteurs pensent que le résultat peut être pris en considération dans la fixation de la peine d'une façon autonome.

tout les mêmes tendances, qui ont un caractère fondamentalement asocial ou antisocial, peuvent changer de degré d'« asocialité » ou d'« antisocialité » selon la valeur du bien lésé et l'importance de cette lésion (désirée et visée). Il faut en dire autant des mobiles fondamentalement moraux, qui non seulement varient de degré de moralité, mais parfois même changent encore de caractère moral si on les confronte, dans le cas concret, avec le bien lésé et l'importance de cette lésion.

C'est donc à juste titre que le législateur suisse n'a pas cité de mobiles *concrets* dans la partie générale (art. 63 et 64); c'est à juste titre également qu'il en cite quelquefois dans certains types de délits où le bien lésé et l'étendue de la lésion sont déterminés par les dispositions y relatives³⁷. Pour la raison précitée, l'opinion de Germann³⁸ — selon laquelle on devrait considérer toujours comme mobiles bas tous les mobiles mentionnés comme aggravants dans les diverses dispositions de la partie spéciale et comme mobiles honorables ceux qui y sont mentionnés comme atténuants — nous paraît n'avoir qu'une valeur relative. En tout cas, ces mobiles tracent plus ou moins une ligne directrice dans l'évaluation éthique des mobiles, mais il faut tenir compte du fait qu'ils peuvent varier de degré d'« antisocialité » dans les divers cas concrets de différents types de délits.

6. Les mobiles, selon le CPS, peuvent influencer sur la fixation de la peine de façons fort différentes.

Selon l'art. 63, les mobiles influent sur la fixation de toute peine *dans les limites prévues par la loi pour un délit concret*; plus ils sont immoraux, plus grave sera la peine; moins ils sont immoraux, moins grave sera la peine.

Si les mobiles ne sont pas du tout immoraux mais « honorables » (« achtungswert »), selon l'expression de l'art. 64, il y a là une circonstance atténuante générale et la peine sera atténuée, conformément aux art. 65 et 107, à un degré supérieur, c'est-à-dire *au-dessous des limites prévues pour le délit concret*, mais dans les limites établies par ces deux articles.

La jurisprudence admet que, lorsqu'il s'agit d'une circonstance prévue par l'art. 64, le juge n'est pas tenu de prononcer une peine réduite selon l'échelle prévue par l'art. 65, mais qu'il a la faculté de

³⁷ P. ex. dans l'art. 138 (larcins), les mobiles ne sont pas immoraux; au contraire, dans les art. 115 (incitation d'un tiers au suicide par mobile égoïste) et 148 (escroquerie), les mobiles sont immoraux.

³⁸ GERMANN, *Das Ermessen des Richters*, in RPS, 56 (1942), p. 22.

le faire³⁹. Cette interprétation, reposant sur la différence d'expression entre les art. 63 (« doit ») et 64 (« peut ») ne paraît pas de prime abord en harmonie avec le principe fondamental de la culpabilité posé par l'art. 63. On pourrait cependant remarquer que la culpabilité n'est pas forcément diminuée toutes les fois qu'il y a circonstance atténuante, puisqu'une autre circonstance concurrente pourrait neutraliser la première, ce qui ferait que la peine n'aurait subi aucune influence⁴⁰.

Les mobiles « honorables » mentionnés par l'art. 64 doivent être d'un degré de moralité plus élevé que ceux qui pourraient être couverts par l'art. 63. Cela résulte non seulement de l'adjectif « honorables » (dans la version allemande « achtungswert », respectables), mais surtout de la différence de conséquences qu'ils entraînent lors de la fixation de la peine. Le mobile, pour qu'il puisse être jugé honorable, doit consister en sentiments moralement élevés ou à tout le moins moralement justifiés⁴¹.

Même les autres circonstances atténuantes citées dans l'art. 64 — les deux dernières exceptées — pourraient être considérées comme des mobiles moralement justifiés. En effet, agir « dans une détresse profonde, sous l'impression d'une menace grave, sous l'ascendant d'une personne à laquelle on doit obéissance ou de laquelle on dépend, ou lorsqu'on a été induit en tentation grave par la conduite de la victime, ou lorsqu'on aura été entraîné par la colère ou par une douleur violente produites par une provocation injuste ou une offense imméritée », revient à agir sous l'influence d'états affectifs qui ont incité l'auteur à prendre la décision criminelle (= mobiles) ; ceux-ci, comme on peut les justifier dans une certaine mesure, ne présentent pas un caractère immoral⁴².

La jurisprudence s'est tout particulièrement occupée des mobiles moraux dans l'interprétation de l'art. 113 CPS (meurtre par passion),

³⁹ V. RO 71 IV 79, 83 IV 187, 90 IV 149 (154), 92 IV 201 (204) ; JdT 1972 IV 53.

⁴⁰ L'art. 11 du CPS (responsabilité restreinte) consacra, dans sa nouvelle version, la jurisprudence dominante dans l'interprétation de cet article, laquelle fait de l'atténuation prévue par cette disposition (selon l'échelle de l'art. 65) une atténuation facultative : v. critique de SCHULTZ, *Schweiz. Strafrecht*, in ZStW., 1971, p. 1051. Il existe toutefois une différence entre ces deux cas (art. 11 et art. 64) parce que, lorsqu'il s'agit de responsabilité restreinte, la culpabilité est également restreinte ; cela cependant ne se produit pas toutes les fois qu'intervient une circonstance prévue par l'art. 64, comme nous l'avons déjà expliqué.

⁴¹ V. ATF, in JdT, 1972 IV 52 ; HAFTER, *op. cit.*, P.G., p. 361. V. encore JdT, 1945 IV 59 ; RO 80 IV 93.

⁴² V. H. WALDER, *Der Affekt im schweiz. Stgb.*, in RPS, 1965, pp. 63 ss. ; P. YOTOPOULOS, *L'irritation de l'agent provoquée par la victime comme circonstance atténuante*, in Thémis, 1939, pp. 7 ss.

et notamment du terme « excusable » (émotion violente excusable) qu'on lit dans cet article, cependant qu'elle a approfondi la notion de mobiles particulièrement bas dans l'interprétation de l'art. 112 (assassinat). Le TF considère l'émotion violente comme excusable lorsqu'elle est justifiée du point de vue de la morale ; elle doit dès lors avoir des mobiles non immoraux (lesquels ne sont pas nécessairement honorables). D'autre part, les mobiles exclusivement ou principalement égoïstes et les instincts vulgaires ne sont pas considérés comme excusables, car ils sont immoraux⁴³ ; la joie de tuer, la cruauté, la cupidité et la perfidie ont été qualifiées de mobiles particulièrement blâmables⁴⁴.

Les circonstances « très atténuantes » sont celles qui ne lient le juge que par le minimum légal *du genre* de la peine *qu'il choisira*, mais celui-ci n'est lié ni par le minimum de la peine prévue pour ce crime ou délit ni par le genre de celle-ci (art. 66)⁴⁵ ; cela peut équivaloir au fond à l'exemption de toute peine, puisque l'amende pourrait ne se monter qu'à un sou.

Parmi les cas, dispersés dans le code, où cette atténuation *libre* peut être appliquée, il y en a deux qui se réfèrent à des mobiles : le cas de l'al. 3 de l'art. 120 (avortement à *cause d'un état de détresse grave*) et celui de l'al. 2 de l'art. 308 (fausse déclaration ou faux témoignage *de peur que, en disant la vérité, le déclarant lui-même ou un de ses proches ne soit exposé à une poursuite pénale*).

La partie spéciale du CPS contient plusieurs dispositions où des mobiles sont considérés comme circonstances atténuantes spéciales. Il y a même quelques cas où le juge, compte tenu d'un certain mobile, pourra exempter le coupable de toute peine (art. 138,2). Tous les cas de la partie spéciale seront traités plus bas⁴⁶.

Il n'existe pas dans le CPS de disposition faisant des mobiles particulièrement bas (l'opposé des mobiles honorables) une circonstance aggravante *générale*⁴⁷. Les mobiles particulièrement bas ne

⁴³ ATF, 82 IV 86 ; BJP, 1953, n° 25 ; BJP, 1958, n° 208.

⁴⁴ V. SJZ, 1949, p. 306 (Arrêt Cour Crim. de Lucerne). Pour une interprétation plus détaillée de ces deux articles et la jurisprudence y relative, v. *infra*, pp. 289 et 293.

⁴⁵ Sur la différence qui existe entre circonstances atténuantes et très atténuantes, v. P. LOGOZ, *Commentaire du CPS*, P.G., 1939, pp. 273 s. et 283 s. ; SCHWANDER, *op. cit.*, pp. 206 s.

⁴⁶ Sur les dispositions de la partie spéciale du CPS v. *infra*, sect. B.

⁴⁷ C'est également le cas dans le C.P. Gr. Le C.P. It. au contraire en contient une : l'art. 61. La première circonstance aggravante citée dans cet article est « le fait d'avoir agi sous l'effet de mobiles abjects ou futiles ». Le terme de « futile » a précisément le sens de disproportionné entre le désir ou le sentiment

peuvent donc, en règle générale, influencer sur la peine que dans les limites de la peine prévue pour chaque délit, en application de l'art. 63⁴⁸.

On trouve en revanche dans la partie spéciale quelques dispositions où les mobiles sont considérés comme une circonstance aggravante spéciale ; nous nous en occuperons le moment venu. L'art. 112 CPS (assassinat), tel qu'il est interprété, en est un exemple. La qualité des mobiles peut intervenir encore lors de la fixation de la peine dans le cas de désistement de la consommation d'un crime ou délit (art. 21 ch. 2 CPS). Le juge alors peut exempter l'accusé de toute peine. Or, la jurisprudence a admis l'opinion que la qualité des mobiles peut influencer sur la décision du juge lorsqu'il s'agit de savoir s'il fera usage de sa faculté d'exempter le délinquant de toute peine⁴⁹.

qui poussa à l'acte et la lésion désirée et provoquée. La disposition est prise dans le Projet Ferri (art. 21 : « aver agito per motivi ignobili o futili »). Le C.P. All., modifié récemment, ne connaît même pas les mobiles-circonstances atténuantes générales. Il ne tient compte des mobiles que dans le § 13 de la 1^{re} loi modificatrice (« Strafzumessung » en général). Le C.P. éthiopien contient lui aussi des circonstances aggravantes générales (art. 81). Quant aux circonstances aggravantes générales dans les AP du CPS des années 1893 et 1894, v., *supra*, p. 89. V. explication de l'élimination des mobiles immoraux comme circonstance aggravante générale, in AP, 1894, pp. 137 et 145 s.

⁴⁸ Nous notons que le premier AP STROOSS dans l'article 38 stipulait que la peine devait dépasser « das mittlere Strafmass » (la moyenne de la peine), si le coupable avait agi par bassesse de caractère (« aus niederträchtigen Gesinnung »), en particulier par méchanceté, brutalité, ruse, vengeance, cupidité, joie de nuire ou simple plaisir criminel. STROOSS lui-même supprimait cette disposition dans son AP, parce que le fait de devoir dépasser « das mittlere Strafmass » entraînerait des difficultés pour l'application. V. Exposé des motifs de l'AP, 1893, trad. A. Gautier, P.G., pp. 75 s.

⁴⁹ V. ATF, 83 IV 1 = JdT, 1957 IV 70. Mais ce même arrêt (p. 2)) considère que les mobiles honorables ou non honorables sont sans importance lorsqu'il s'agit de savoir si le désistement provient du mouvement spontané de l'agent ; ils n'influent que sur la peine. Cela nous paraît correct. Toutefois nous ajouterons que les mobiles, *qu'ils soient honorables ou déshonorants*, pourraient jeter quelque lumière sur le fait de savoir si le désistement a été vraiment spontané ; il l'est lorsque le mobile a difficilement prévalu et que par la suite un autre mobile inhibiteur très puissant a pris le dessus (v. *supra*, p. 48). L'ATF publié in JdT, 1971 IV 85 (86) présente un intérêt pour notre sujet, parce qu'il recourt au mobile comme indice du « repentir sincère » : il exclut ce dernier lorsque l'agent a été mû « par intérêt ».

B) LA CUPIDITÉ ET L'AMENDE.

1. La cupidité a fait l'objet de plus d'une disposition de la partie générale du CPS.

L'art. 48 prescrit que, dans le cas où le délinquant a agi par cupidité, le juge ne sera pas lié par le maximum de l'amende prévu dans ce même article. L'art. 106 contient une disposition analogue dans les cas de contravention.

D'autre part, l'art. 50 prévoit le cumul de l'amende avec une peine privative de liberté si le délinquant a agi « par cupidité ». Dans ce cas-là, le juge pourra toujours, outre la peine privative de liberté, lui infliger une amende. Si la loi prévoit alternativement comme peine d'un délit une peine privative de liberté et l'amende, le juge pourra toujours cumuler les deux peines.

2. L'interprétation de la notion de cupidité n'est pas unanime, et cela à cause du texte allemand du CPS, qui emploie le même terme — « Gewinnsucht » ou « gewinnsüchtige Absicht » — dans les dispositions susmentionnées ainsi que dans quelques dispositions de la partie spéciale, là où le texte français utilise les expressions « dessein de lucre » (art. 159/2). Ce fait a provoqué une confusion dans l'interprétation de tous ces termes qui, pourtant, ont été suffisamment éclaircis par certains auteurs et par nombre d'arrêtés du TF⁵⁰.

Selon l'interprétation la plus juste à notre avis, la cupidité est *un mobile au sens large*⁵¹, c'est-à-dire une particularité de caractère ou une passion qui est à l'origine du mobile proprement dit⁵². Au contraire, le dessein de lucre, le but de lucre ou le dessein d'enrichissement ne sont que des buts.

⁵⁰ V. surtout : SCHWANDER, *op. cit.*, p. 193 ; W.A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht in schw. Strafbg.* (thèse), Fribourg, 1951, p. 86 ; CLERC, *A propos de la cupidité*, JdT, 110, 1962, IV, pp. 98-103 ; GUKELBERGER, *Die Absichtsdelikte des schweiz. Stgb.*, pp. 65 ss. V. aussi, dans un sens opposé, O. CORNAZ, *op. cit.*, p. 76. Les arrêts les plus intéressants seront mentionnés dans le texte qui suit.

⁵¹ Sur la notion de mobiles au sens large, v. *supra*, pp. 84 et 118 s.

⁵² En règle générale, ce que nous appelons « le mobile » d'un acte est simplement le mobile dominant parmi plusieurs mobiles coexistants (incitateurs ou inhibiteurs) ou la résultante de ceux-ci ; v. *supra*, p. 28.

On retrouve donc entre ces notions et la cupidité la différence qui existe entre but et mobile⁵³. Le mobile est généralement plus profond, plus proche de la racine de l'acte, et peut varier, tandis que le but est moins profond et peut varier même si le mobile demeure le même. La cupidité particulièrement est beaucoup plus profonde, beaucoup plus proche de la personnalité de l'auteur et beaucoup plus durable que le but de gain ou de lucre. La cupidité, selon l'ATF 89 IV 16 s., est une passion, « ein hemmungsloses oder besonders ausgeprägtes, zur Sucht gewordenes Streben nach Gewinn ». Il s'agit donc d'une *passion* qui cherche à tout prix le gain, sans scrupule, sans souci des intérêts légitimes d'autrui⁵⁴. Selon l'expression de Clerc,⁵⁵ la cupidité est « *un trait de caractère*, un élément de la personnalité dangereuse du délinquant qui a pour devise : tout prendre, ne jamais rendre et encore prétendre ». Le but de lucre est moins profond et moins grave. Il est probable qu'un acte ayant comme but le lucre ou le gain ait comme mobile la cupidité, mais il peut aussi en avoir un autre, tels le besoin, la nécessité économique.

L'histoire de la disposition de l'art. 50 vient appuyer encore cette interprétation. En effet, dans l'art. 37 de l'avant-projet de 1908, « Gewinnsucht » était traduit dans le texte français par « but de lucre ». Le prof. Gautier proposa, devant la II^e Commission d'Experts, de remplacer l'expression « but de lucre » par « mobile de lucre », faisant en même temps une distinction très juste et très nette entre ces deux notions. La commission de rédaction adopta la proposition et choisit, pour plus de clarté, un autre terme pour désigner « le mobile de lucre » : celui de « cupidité »⁵⁶.

3. Mais un mobile n'est pas nécessairement un trait de caractère, de nature permanente, ou une passion, c'est-à-dire un phénomène affectif d'une durée plus ou moins longue⁵⁷. Le mobile stricto sensu est d'ordinaire un état affectif de nature passagère.

⁵³ Cf. CLERC, *op. cit.*, p. 102 ; v. WEBER, *op. cit.*, pp. 29 s. V., pour plus de détails, sur cette différence, *supra*, prem. p., chap. I, n° 7 et chap. III, n° 1.

⁵⁴ V. ATF 74 IV 142.

⁵⁵ CLERC, *loc. cit.*, p. 103. Quant à SCHWANDER, *loc. cit.*, il caractérise la cupidité comme « der unbeherrschte Hang Vermögen zu erwerben ». Cette inclination, ce penchant est encore un trait de caractère.

⁵⁶ Procès-verbal II^e Commission d'experts, t. I, p. 293.

⁵⁷ Une passion est moins durable qu'un trait de caractère, mais elle est beaucoup plus durable (et souvent plus intense) qu'un simple phénomène affectif, un sentiment, tel que l'est le mobile ordinaire. V. sur la notion de passion, *supra*, p. 52.

Il se pourrait donc que la cupidité, qui est pour le législateur suisse un *mobile*, fût simplement une poussée affective, un désir de gain, parfois même très intense ou très immoral, mais passager. Ce *mobile* stricto sensu entre-t-il aussi dans la notion de « cupidité » de l'art. 50 ainsi que des art. 48 et 106 du CPS ? Pour celui qui admet que la notion de cupidité équivaut au dessein de lucre, ce *mobile* stricto sensu est même plus que ce qu'il exige. Pour celui qui prend ce terme dans l'acception que nous avons retenue (à savoir que la cupidité est un trait de caractère ou une passion), le *mobile* stricto sensu est moins que ce qu'il exige.

L'examen de l'interprétation que l'on donne de ces notions en Allemagne nous aidera à mieux dégager l'interprétation la plus correcte.

La « *Gewinnsucht* » en Allemagne⁵⁸ est considérée comme un *mobile* de lucre ; on reconnaît, en conséquence, que tout état affectif peut être inclus dans ce *mobile*. On admet donc qu'il n'est pas nécessaire que la cupidité soit un trait de caractère durable (RG Arrêt pénal 60 307), mais on requiert un désir de lucre d'un degré exceptionnel : « auf ein ungewöhnliches, ungesundes, sittlich anstößiges Mass » (RG, Arrêt pénal 60 307, BGH Arrêt pénal 3 31, etc.). Cependant, lorsqu'il s'agit de préciser le moment où ce désir atteint ce degré inhabituel, malsain et immoral, on se trouve devant des difficultés d'ordre pratique, parce qu'il est malaisé de le déterminer avec précision. En effet, les deux critères alternativement admis en Allemagne pour la constatation de ce degré d'intensité, — soit le critère de la disproportion qui existe entre « *Leistung* » et « *Gegenleistung* » (prestation et contre-prestation) d'une part, le critère selon lequel le profit (bien que normal et non disproportionné) est acquis sur un terrain ou d'une manière qui sont pénalement défendus d'autre part — ces deux critères donc entraînent la confusion de la « *Gewinnsucht* » avec le simple but de lucre. En effet, *s'agissant d'un acte sanctionné par le C.P. et non d'un acte quelconque*, un de ces deux critères existe toujours dans tout délit où le dessein de lucre est requis. En admettant donc le degré d'intensité comme seul élément permettant de différencier les notions de *mobile* de lucre et de *but* de lucre (degré qu'on constate sur la base de l'un des deux critères susmentionnés), différencier ces deux notions devient problématique, les confondre, très vraisemblable : en effet, l'interprétation allemande confond par la

⁵⁸ V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 191, Bem. II sur le § 27 a du C.P. All. (correspondant à l'art. 50 du CPS) où l'on trouve également une jurisprudence allemande y relative.

suite, par exemple, la « Gewinnsucht » du § 27a avec la « gewinnsüchtige Absicht » du § 301 (Ausbeutung Minderjähriger) ou du § 302a (usure), où ce but de lucre est requis⁵⁹. On en arrive ainsi à confondre le *mobile* de lucre avec le *but* de lucre, sinon à les identifier⁶⁰.

C'est pourquoi, en conclusion, nous croyons que la cupidité de l'art. 50 CPS doit être interprétée, *pour qu'elle soit effectivement distincte du but de lucre* (conformément à l'intention du législateur suisse), comme une manie de gain à tout prix et sans scrupules, ce qui signifie *un état affectif plus ou moins durable, présentant en outre un degré exceptionnel d'intensité et d'immoralité*. Le degré exceptionnel seul, tel qu'il est admis par la science pénale allemande, prête à confusions. D'ailleurs, la notion de cupidité elle-même, dans son acception ordinaire et normale, est une synthèse, nous semble-t-il, de ces deux éléments ; elle consiste donc en un désir de gain, désir à la fois excessif et d'une certaine durée, durée que l'on rencontre seulement dans un trait de caractère ou dans une passion.

Certes, distinguer toutes ces notions de cupidité, de dessein de lucre, etc. est assez ardu et délicat dans la pratique, mais le double critère (*degré excessif* et de *quelque durée*) du désir de lucre, serait d'une aide assez efficace.

Le TF en distinguant le but de lucre de la cupidité paraît prendre en considération les deux conditions susmentionnées, bien qu'il ait mis l'accent sur la durée dans certains de ses arrêts (par exemple 94 IV 97 ; JdT 1950 IV 32) et sur le degré exceptionnel de la manie de gain dans d'autres (86 IV 16 ; 96 IV 181)⁶¹ ; mais de ces derniers arrêts il résulterait que la durée est cumulativement requise, puisque la description qu'ils font de l'état psychique ne pourrait se référer qu'à une passion ou à un trait caractériel.

4. Conséquemment à l'interprétation de la notion de cupidité que nous avons adoptée, il faut aussi distinguer entre celle-ci et l'exé-

⁵⁹ V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *loc. cit.* où l'on trouve également une jurisprudence *y relative*.

⁶⁰ Dans le C.P. Gr. il existe une disposition correspondante à l'art. 50 CPS : c'est celle de l'art. 81. L'interprétation n'en est pas unanime, surtout à cause de l'expression utilisée. En effet, le titre de l'art. 81 parle de cupidité (φιλοκέρδεια), tandis que le texte même parle de « causes visant au gain » (αίτια προσπορίσεως κέρδους). A. BOUROPOULOS (Interpr. du CP, 1959, p. 203 — en grec) admet une interprétation analogue à celle que nous avons adoptée ci-dessus à propos de l'art 50 du CPS. *Contra* : KARANICAS, Traité de Dr. pénal, I, 1952, p. 181 (en grec).

⁶¹ Sur ce sujet v. également *infra* p. 265 (délits de dessein).

cution d'un crime ou d'un délit par métier. Dans ce dernier cas, il y a indubitablement le but de gain, mais on ne décèle pas forcément de la cupidité ⁶².

Nous croyons néanmoins que, lorsque l'on se trouve devant un délinquant qui fait métier du crime ou du délit, on constate plus fréquemment l'existence de la cupidité que si l'on est en présence d'un délinquant qui a commis un acte isolé, car l'élément de la durée existe. Mais il faut qu'il y ait aussi le degré exceptionnel (en intensité et en immoralité) du désir de lucre ; et il se pourrait qu'il n'y en ait pas, par exemple dans le cas d'une *habitude* qui a eu comme origine la nécessité matérielle. Nous nous occuperons de façon plus détaillée de la notion de délinquant d'habitude et par métier plus loin ⁶³.

5. La conséquence pratique de cette interprétation revêt un double aspect : premièrement, un simple but lucratif ne suffit pas pour l'application des dispositions des art. 48, 50 et 106. En revanche, ces mêmes articles peuvent être appliqués même dans les délits où le but lucratif est requis comme un élément constitutif ou comme une circonstance aggravante spéciale, puisque la cupidité est une notion différente du but lucratif ⁶⁴. C'est ainsi que, par exemple, si le vol (art. 137) a comme mobile la cupidité (dans ce cas uniquement) une amende aussi peut être appliquée cumulativement avec la réclusion ou l'emprisonnement. Il en va de même dans la violation du devoir d'élever l'enfant (art. 219/2) ou dans l'incitation à spéculer (art. 158).

Dans le cas de l'art. 157 (usure), le dessein de lucre est implicitement mais nettement requis pour la structure juridique de ce délit (celui qui, *en exploitant... se fera... des avantages pécuniaires en disproportion...*). Les dispositions de cet article prévoient expressément la possibilité (al. 1) ou l'obligation (al. 2) de cumuler une peine privative de liberté et une amende. Ce cumul doit s'appliquer aussi, en vertu de l'al. 2 de l'art. 157, lorsque l'auteur « fait métier de l'usure ». Mais si celui-ci fait preuve également de cupidité, alors, selon notre interprétation, l'al. 2 de l'art. 48 est lui aussi applicable, ce qui signifie que le juge, dans la fixation de cette amende, ne serait pas tenu par le maximum prévu par l'al. 1 de ce même article 48 ⁶⁵.

⁶² Ainsi SCHWANDER, *loc. cit.*, p. 193 ; CLERC, *loc. cit.*, p. 103 ; ATF, 79 IV 118, 88 I 97.

⁶³ V. *infra*, pp. 189 ss.

⁶⁴ V. *infra*, p. 268.

⁶⁵ Ce maximum a été élevé à 40.000 fr.s. par la loi du 18 mars 1971 qui modifie le CPS.

CHAPITRE II

MESURES DE SÛRETÉ ET MOBILES DANS LE CPS

GÉNÉRALITÉS.

1. Nous avons déjà mentionné au chapitre premier de la présente section que, dans le système pénal suisse, les mesures de sûreté sont fondées sur l'état personnel du délinquant et la périculosité qui en découle, tandis que les peines sont fondées sur sa culpabilité. Et nous avons encore expliqué, dans un chapitre précédent, le rôle des mobiles comme indices de cet état, au double point de vue quantitatif et qualitatif ¹.

Dans le présent chapitre, nous allons approfondir la question en examinant le rôle que jouent les mobiles dans chaque espèce de mesure de sûreté prévue par le CPS.

La mesure de sûreté au sens large est la sanction d'un délit fondée exclusivement sur la prévention spéciale, en raison de l'état personnel particulier du délinquant. Toutes les mesures de sûreté ont pour but de neutraliser, de la façon la plus efficace possible, le danger qu'il y a de voir un délinquant commettre de nouveau un acte punissable. On applique donc ces mesures à la condition implicite mais générale qu'il existe un danger que le criminel, en raison de son état personnel particulier, commette un nouveau délit, danger que la peine rétributive n'aurait pas pu neutraliser de façon satisfaisante. La simple possibilité que l'agent commette un délit ne suffit pas pour qu'il soit l'objet d'une mesure de sûreté ; elle existe presque chez tous les délinquants, sinon chez tout être humain. Il faut qu'il existe un danger de réitération réel et concret, et non pas virtuel ². *La nécessité*

¹ V. *supra*, pp. 119 ss. et 128 s.

² Ainsi GRISPIGNI, *op. cit.*, vol. I, p. 174 ; Ph. GRAVEN, *Le cautionnement préventif*, 1963, p. 134.

de combattre ce danger justifie la prise de ces mesures, indépendamment de la culpabilité³. Mais ce danger diffère selon les divers états personnels que chaque mesure présuppose. Il faudra donc examiner le rôle du mobile pour diagnostiquer la périculosité *de chaque espèce d'état personnel prévu par chaque mesure de sûreté*. Dès lors les mobiles devront, pour chaque mesure, être pris en considération selon une autre optique, optique qui varie en même temps que le contenu spécial de la périculosité qu'implique cette mesure.

On peut classer les mesures de sûreté en deux catégories : les mesures privatives de liberté et les mesures restrictives de liberté à des degrés divers (par exemple la « probation » des systèmes anglo-saxons ou une cure ambulatoire pour un anormal mental). On peut encore les répartir en trois catégories : éliminatrices (ou mesures de neutralisation ou de sûreté *stricto sensu*), curatives et éducatives.

2. Nous prendrons comme base de notre analyse les dispositions du CPS concernant les mesures de sûreté telles qu'elles ont été modifiées par la loi du 18 mars 1971, en nous référant, uniquement à titre comparatif, à celles qui ont précédé. Le système suisse de mesures de sûreté connaît les mesures de sûreté privatives de liberté (art. 42, 43, 44 et 100 bis) et les mesures des art. 57 à 62. Il connaît notamment des mesures spéciales pour les mineurs (dont le traitement repose en général sur la prévention spéciale et non sur la rétribution).

Le nouvel art. 43, qui remplace les articles 14 et 15 qui furent abrogés,⁴ concerne le traitement des anormaux mentaux ; il s'agit essentiellement d'une mesure curative, qui est en même temps éliminatrice dans le cas de l'internement notamment, où le but d'élimination est même prépondérant.

L'art. 44 prévoit aussi une mesure essentiellement curative, puisqu'elle concerne le traitement des alcooliques et des toxicomanes ; elle correspond aux dispositions des art. 44 et 45 du Code de 1937.

L'art. 42 concerne les délinquants d'habitude ; il prévoit une mesure de sûreté *stricto sensu*, c'est-à-dire une mesure essentiellement éliminatrice prise contre la personne dangereuse. Cet article corres-

³ Ainsi GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942, p. 129 ; Ph. GRAVEN, *Les mesures de sûreté dans le droit et la jurispr. suisses*, in Mémoire publié par la Fac. de droit de Genève, 1969, p. 50. Les mesures de sûreté, notamment les mesures privatives de liberté, ne peuvent être imposées que si elles sont nécessaires ; en l'absence d'un danger réel et concret, il n'y a pas nécessité de les appliquer.

⁴ Les art. 16 et 17 ont été aussi abrogés.

pond à l'art. 42 du Code de 1937, mais il comporte des modifications assez importantes.

Enfin l'art. 100 bis prévoit une mesure éducative qui consiste à envoyer les jeunes adultes dans une maison d'éducation au travail. Il correspond à l'ancien art. 43, mais a subi des modifications considérables.

De ces quatre mesures, les deux mesures curatives (art. 43 et 44) suspendent l'exécution de la peine, excepté dans le cas du traitement ambulatoire de l'art. 43 où la suspension est facultative ; les deux autres remplacent la peine (art. 42 et 100 bis)⁵, mais d'une façon différente.

Parmi les autres mesures pour adultes, sont intéressants pour notre sujet : l'art. 57 (cautionnement préventif dans le cas où il y a danger qu'une personne commette effectivement un délit qu'elle menace de commettre) et l'art. 58 (bien que le danger se réfère principalement à des objets). Dans l'application de l'art. 60 (allocation au lésé), les mobiles seront examinés par rapport à un danger spécial, à savoir que le délinquant ne répare pas effectivement le dommage qu'il a causé. Les autres mesures (des articles 59, 61 et 62) ne constituent pas des mesures de sûreté, pas même au sens large (elles ne sont ni éliminatrices ni curatives ni éducatives).

En ce qui concerne le traitement des mineurs, on distingue selon l'âge : 1) les enfants jusqu'à l'âge de sept ans révolus, qui ne sont pas soumis au CPS (art. 82, modifié par la loi du 18 mars 1971) ; 2) les enfants de sept ans révolus, mais de moins de quinze ans révolus, auxquels sont applicables les dispositions des art. 83-88 tels qu'ils ont été modifiés par la loi susdite ; ici ce sont les mesures qui prédominent ; 3) les mineurs de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans révolus. Même pendant cet âge (adolescence), ce sont les mesures qui prévalent (art. 89-99, modifiés par la même loi) ; 4) les « jeunes adultes » de plus de dix-huit ans mais de moins de 25 ans révolus ; ceux-ci, selon l'art. 100 (modifié en 1971), sont soumis aux dispositions générales du code, sous réserve des art. 100 bis et 100 ter, c'est-à-dire sous réserve de la mesure de renvoi dans une

⁵ Cela, après la modification de 1971. Selon la teneur de 1937, les art. 14 et 15 suspendaient la peine ; l'art. 42 remplaçait la peine ; l'art. 43 (maison d'éducation au travail) la remplaçait à condition que la mesure soit efficace, sinon elle suspendait simplement la peine ; les deux autres (44 et 45) prévoyaient l'exécution préalable de la peine, mais aussi la possibilité inverse, c'est-à-dire l'exécution préalable de la mesure, ce qui était de règle dans la pratique.

Néanmoins, les art. 43 et 44 ne stipulent pas clairement si le temps écoulé dans les établissements de traitement est déduit de la durée de la peine : v. SCHULTZ, *Dreissig Jahre schweiz. Strafgesetzbuch*, in RPS, 1972, p. 40.

maison d'éducation au travail, mesure qui, selon la loi de 1971, ne peut être appliquée qu'aux délinquants de cet âge, d'après les conditions que prévoient ces deux articles.

A) LE TRAITEMENT DES ANORMAUX MENTAUX.

1. Le nouvel art. 43, remplaçant les anciens art. 14 et 15, concerne le traitement des anormaux mentaux. Contrairement à ces deux articles, l'art. 43 ne rattache pas l'imposition des mesures qu'il prévoit (lesquelles sont au nombre de trois, bien qu'elles puissent toutes trois être contenues dans le terme général de « traitement ») aux art. 10 et 11 du CP ; c'est-à-dire que cet art. 43 n'est pas appliqué seulement dans les cas où l'anormal mental est irresponsable ou partiellement responsable⁶, mais qu'il concerne un éventail plus large d'anormaux mentaux (responsables, partiellement responsables ou irresponsables) qui ont commis un acte punissable de réclusion ou d'emprisonnement et dont l'état personnel exige un traitement médical. Le traitement médical est requis afin d'éliminer ou d'atténuer le danger de voir le délinquant commettre d'autres actes punissables. Donc, pour pouvoir appliquer le traitement prévu par l'article 43, il faut que le danger, requis implicitement ou explicitement pour toute mesure de sûreté, soit dû, au moins partiellement, à l'état psychique anormal de l'agent.

L'art. 43, tel qu'il est formulé, distingue deux degrés de périculosité du point de vue de la qualité (ou gravité). Dans le degré le plus léger, il suffit qu'il y ait un danger que l'auteur commette de nouveau des *actes punissables quelconques*. Dans ce premier cas, le juge « pourra ordonner le renvoi de l'agent dans un hôpital ou un hospice ». Dans le second, il est exigé que le délinquant « compromette gravement l'ordre public », c'est-à-dire qu'il existe un danger plus important ; alors, « le juge ordonnera l'internement dans un établissement approprié ».

Mais il est une disposition, à la fin du premier alinéa du chiffre 1, qui, de prime abord, paraît ne pas du tout requérir l'existence d'un danger ; elle prévoit en effet que le juge « pourra ordonner un traitement ambulatoire si le délinquant n'est pas dangereux pour autrui ». En dépit de l'expression — peu heureuse, nous semble-t-il — nous estimons que le sens ici est que le traitement ambulatoire est imposé dans le cas où le délinquant n'est que légèrement dangereux, c'est-à-

⁶ Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale du 1^{er} mars 1965, FF, 1965, II, p. 582 ; v. aussi Ph. GRAVEN, *La réforme pénale européenne et la révision partielle du CPS*, in RPS, 1969, pp. 244-245 ; critique de SCHULTZ, *Dreissig Jahre schweiz. Stgb.*, loc. cit., p. 28.

dire qu'il ne l'est qu'à un degré tel que sa redoutabilité pourrait être, sans péril pour autrui, neutralisée par un traitement ambulatoire ; en effet, sans ce dernier traitement, l'agent constituerait un péril pour autrui. L'absence de danger ne se rapporterait donc, dans l'esprit du législateur, qu'à la nécessité de l'envoyer dans un hôpital ou un hospice. La cure ambulatoire correspond donc au danger le plus léger prévu par cet alinéa.

Cette interprétation nous paraît plus correcte, parce que la phrase interprétée appartient à ce même alinéa qui, d'une part, impose ce renvoi et, d'autre part, pose comme règle qu'il doit y avoir danger que d'autres actes punissables soient commis. Ce danger de réitération de l'activité délictueuse, même s'il n'était pas expressément formulé, est d'ailleurs toujours sous-entendu et constitue la justification de toute mesure de sûreté.

2. *La probabilité* qu'il y a que le délinquant commette de nouveaux crimes ou délits correspond à *l'intensité* de la périculosité⁷. Plus cette probabilité est grande, plus grande est la redoutabilité.

Mais il peut arriver que la probabilité de la commission de nouveaux délits soit très élevée sans pour autant que la redoutabilité soit grave. Cela arrive dans le cas, par exemple, où il existe une probabilité d'un degré hautement élevé que le délinquant commette de nouveaux petits vols.

La gravité de la redoutabilité est jugée par rapport à l'importance des biens mis en péril, à l'étendue probable de cette lésion, au cercle des personnes dont les droits pourraient être lésés.

Il nous semble alors que, dans tous les trois traitements susmentionnés, *un degré élevé de probabilité* de voir ce délinquant commettre de nouveaux crimes ou délits (= *quantité* importante de danger) soit nécessaire. Un tel degré est requis dans *toutes les mesures de sûreté*, conformément à l'esprit du système du CPS. En effet, le système répressif de ce code se fonde sur la culpabilité. La redoutabilité n'est prise en considération qu'à titre exceptionnel, dans des états personnels extraordinaires. Elle devrait donc présupposer un degré de probabilité élevé, puisque la simple probabilité de réitération, qui existe souvent, ne saurait suffire dans un système où la culpabilité est de règle : sinon, c'est la redoutabilité qui serait de règle⁸.

⁷ V. *supra*, pp. 113 et 128, la distinction entre quantité (= intensité) et qualité (= gravité) de la redoutabilité.

⁸ L'ancien art. 14 requérait une périculosité importante, celle qui pourrait porter une atteinte grave à l'ordre public, ce qui correspond au second alinéa du chap. 1 de l'art. 43 ; l'art. 15 en revanche n'exigeait que la simple proba-

Mais la *gravité* du danger n'est pas toujours requise par la loi. Des trois traitements de l'art. 43, il n'y en a qu'un qui présuppose une gravité exceptionnelle, celui de l'internement dans un établissement approprié. On pourra ainsi interner dans un hôpital une personne ne représentant pas un danger grave mais seulement très probable.

L'innovation qu'apporte l'introduction du traitement ambulatoire est d'autant plus louable que l'internement ou l'hospitalisation prévus par ce même article sont de durée indéterminée⁹ ; on pourrait même interner ou hospitaliser quelqu'un pour toute la durée de sa vie, ce qui est par trop sévère, surtout si l'ordre public n'est pas menacé gravement, c'est-à-dire dans le cas d'une redoutabilité qui n'est pas grave qualitativement mais qui, selon ces dispositions, suffit pour faire appliquer ces mesures¹⁰.

3. Les mobiles du délit peuvent être utiles pour diagnostiquer tous ces états personnels ainsi que les divers degrés de périculosité qui en découlent. Le caractère commun des trois nuances susmentionnées de cette périculosité est précisément qu'elles résultent toutes de l'état mentalement anormal de l'agent. Ces constatations excèdent par conséquent le domaine du droit pénal et même celui de la criminologie ; elles relèvent de la compétence des psychiatres. C'est donc, à juste

bilité de la réitération d'un délit, n'ayant pas comme conséquence une perturbation grave de l'ordre public. C'est de cette façon que ces deux articles ont été interprétés par la jurisprudence, v., p. ex., ATF 71 IV 71 (interprétation de l'art. 15) et ATF 73 IV 150 et 81 IV 9 f (interprétation de l'art. 14). Le TF exige « un danger concret, à savoir une situation comportant, dans le cours ordinaire des choses, *une grande probabilité de lésion*. De l'exigence que la sécurité ou l'ordre publics soient compromis, il faut conclure que l'événement redouté doit lui-même présenter un caractère de *gravité exceptionnelle* ». V. Ph. GRAVEN, *Les mesures de sûreté...*, loc. cit., p. 54. V. aussi note suivante.

⁹ Cette innovation ouvre une voie différente de celle que la jurisprudence antérieure à la loi de 1971 avait ouverte. La jurisprudence refusait d'admettre le traitement ambulatoire, inspirée qu'elle était par une conception vindicative qui n'a pas sa place ici, s'agissant de l'application d'une mesure. V. ATF 77 IV 129, 90 IV 58.

¹⁰ V. dans ce sens la critique que font GERMANN, *Grundzüge der Partial-revision des schw. Stgb...*, in RPS, 1971, p. 379 ; SCHULTZ, *Dreissig Jahre schw. Stgb.*, in RPS, 1972, pp. 28 ss. Nous croyons que, de lege ferenda, dans toutes les mesures privatives de liberté, il devrait exister aussi le critère qualitatif (ou de gravité) à côté du critère quantitatif (haut degré de probabilité), surtout quand il s'agit, comme dans le cas de l'hospitalisation prévue par le premier alinéa du chiffre 1 de l'art. 43, d'une mesure qui aurait pu faire interner le délinquant dans un hôpital même pendant toute sa vie. C'est à juste titre que Ph. GRAVEN, dans la même étude (conclusion et p. 63), demande qu'une proportionnalité existe entre la mesure et la gravité du danger. L'utilité de la mesure ne suffirait pas. Ce n'est que la nécessité de celle-ci qui pourrait la justifier ; v. aussi n. précédente.

titre, que l'article étudié prévoit dans ce cas une expertise psychiatrique¹¹. Néanmoins, on pourrait faire valoir le principe que les mobiles du délit sont parmi les éléments qui permettent de confirmer ou d'infirmer l'existence d'une « anomalie » mentale, surtout d'une anomalie mentale sérieuse.

Des mobiles parfaitement impertinents, inadéquats ou illogiques, totalement incompréhensibles pour un homme normal, des mobiles qui agissent sans qu'aucun processus volitif ait eu lieu (délits impulsifs), des mobiles enfin qui sont en désaccord manifeste avec toute la vie antérieure de l'agent, peuvent constituer des indices ou même des preuves —suivant les cas —de l'« anormalité » mentale du criminel¹². Ainsi ce cas réel d'un meurtre commis en Italie par un jeune homme sur la personne de sa mère, qu'il a éviscérée avec des ciseaux, parce qu'il avait peur des menaces qu'un individu caché dans le ventre de celle-ci lui adressait continuellement ; ce mobile constitue une preuve et non pas un simple indice d'une grave anomalie. Il existe en revanche des cas douteux au point de vue de l'« anormalité » psychique, ou, tout au moins, de l'« anormalité » d'un degré pathologique¹³.

Le « mécanisme » de leur apparition notamment, c'est-à-dire le processus de la psychogénèse de l'acte délictueux, est très révélateur du fonctionnement des phénomènes psychiques et mentaux et, par tant, de l'altération de celui-ci, parfois même du degré de cette altération¹⁴.

C'est dans le cadre de l'évolution dynamique de la personnalité de l'agent que l'on doit procéder à la recherche des mobiles, en particulier des mobiles les plus profonds, ainsi qu'à l'analyse psychique qui les a fait naître et dominer. Autrement dit, le mécanisme causal d'un délit doit être considéré et étudié comme une partie intégrante de ce tout qu'est la vie entière de son auteur. Ce n'est que si elle est étudiée de cette manière que la « motivation » d'un délit prend une valeur de symptôme du caractère de l'agent et de la *normalité psychique de celui-ci*¹⁵. Il se peut, par exemple, qu'un mobile tout à

¹¹ Il est des cas dont on ne saurait dire s'ils relèvent plutôt de la psychiatrie que de la criminologie : ce sont en particulier certains cas de criminels anormaux.

¹² Sur ce sujet, qui relève principalement de la psychiatrie, v. BÜRGER-PRINZ, *Motiv und Motivation*, 1950, particulièrement pp. 26-27, ainsi que W. DE BOOR, *Über motivisch unklare Delikte*, Springer, 1959.

¹³ Cf. des cas intéressants *supra*, pp. 16 ss. (deuxième et troisième cas).

¹⁴ V. plus haut, pp. 49 ss. (n^{os} 5-10).

¹⁵ BÜRGER-PRINZ, *op. cit.*, pp. 29-30.

fait insolite ne soit pas l'indice d'une anomalie psychique, si l'on prend en considération l'évolution psychique totale de l'examiné et notamment certaines expériences qu'il a vécues.

Quoi qu'il en soit, la question ne peut pas être résolue par des règles abstraites. Les conclusions auxquelles conduit l'examen de la normalité et la justesse de celui-ci dépendent de l'expérience et de la connaissance qu'a l'expert de l'âme humaine¹⁶. C'est pourquoi le résultat de l'expertise est dans bien des cas douteux, et l'on ne peut qu'approuver les dispositions de l'art. 43 prévoyant la possibilité de changer la mesure appliquée au cours de son exécution (possibilité récemment introduite), ainsi que la possibilité de la libération à l'essai.

4. L'art. 43 parle d'anormaux mentaux ; ce terme doit être pris dans un sens large, l'« anormalité » concernant non seulement la sphère « mentale » proprement dite (noétique), mais encore les sphères affective et volitive. L'art. 11 lui-même, qui traite de la responsabilité restreinte, comprend tous ces cas (« le délinquant qui, au moment d'agir, ne possédait pas pleinement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte *ou de se déterminer d'après cette appréciation* »). On devrait admettre à plus forte raison cette acception large dans l'interprétation de l'art. 43, qui comprend même des états psychiques qui n'entraînent ni l'irresponsabilité ni la responsabilité restreinte. Les psychopathes ou les caractériels, par exemple, dont nous avons fait mention plus haut¹⁷, sont des personnalités qui ne sont pas atteintes d'une maladie mentale, mais qui présentent des anomalies caractérielles qui influent sur la volonté, la capacité de se diriger, la façon de réagir à certains stimuli externes¹⁸. Il est des psychopathes graves qui sont dangereux et pour qui, dès lors, l'une des mesures de l'art. 43, notamment le traitement ambulatoire, serait nécessaire. Les mobiles et leur mécanisme, replacés dans le cadre de la personnalité entière, aideraient, dans ces cas douteux et difficiles, à déceler l'existence d'une périculosité découlant partiellement de l'état psycho-

¹⁶ BRÜGER-PRINZ, *op. cit.*, p. 29, ainsi que les pages 21, 26, 30-31 ; v. aussi pp. 138 ss., notamment n° 5 *in fine*.

¹⁷ V. *supra*, p. 41.

¹⁸ C'est-à-dire qu'à notre avis ils ne possèdent pas, en règle générale, pleinement — à des degrés variés — la faculté de se déterminer ; ils ont, partant, une responsabilité restreinte, selon l'art. 11. Néanmoins, la jurisprudence, bien qu'elle définisse très justement les psychopathes (p. ex. BJP, 1949, n° 90 ; JdT, 1967, IV 88), les considère, en règle générale, comme pleinement responsables (v. les arrêts susmentionnés ainsi que RO 73 IV 211, 77 IV 216, 78 IV 212 ; BJP, 1946, n° 213 ; BJP, 1949, n° 2).

pathique¹⁹. La nouvelle position de l'art. 43 relativement à la responsabilité, à savoir que l'« anormalité » qu'il prévoit est indépendante de celle des art. 10 et 11²⁰, fait apparaître des difficultés dans la délimitation des champs d'application de l'art. 43 ainsi que des art. 42 et 100 bis dans leur teneur récente ; nous essaierons de surmonter ces difficultés quand nous examinerons ces derniers articles en corrélation avec les mobiles de l'acte²¹.

B) LE TRAITEMENT DES ALCOOLIQUES ET DES TOXICOMANES.

1. Le nouvel art. 44, qui a remplacé les art. 44 et 45 de 1937 et qui régit le traitement des alcooliques et des toxicomanes, est également fondé sur la périculosité. En effet, si l'infraction commise est en rapport avec l'état d'alcoolisme et de toxicomanie, « le juge pourra interner le délinquant dans un établissement hospitalier *pour prévenir de nouveaux crimes ou délits* ». Ainsi donc, il faut que ce danger existe et que sa réalisation soit même probable (et non pas seulement possible).

Cette probabilité devrait être d'un degré élevé à notre avis. La loi ne l'exige pas expressément, mais c'est une interprétation qu'impose, pour toutes les mesures privatives de liberté, l'esprit du système pénal suisse, qui repose sur la culpabilité²².

Quant à la gravité de l'acte probable, l'art. 44 parle expressément de prévention de nouveaux crimes ou délits en général, sans requérir une gravité d'un degré particulier²³. Il ajoute également qu'il est possible d'ordonner un traitement ambulatoire, ce qui suppose une redoutabilité moindre, mais, en tout cas, une redoutabilité qui subsisterait sans cette cure ambulatoire.

¹⁹ La névrose et la psychopathie ne créent pas le délit, mais elles peuvent en faciliter la genèse ; v. *supra*, p. 41.

²⁰ V., sur ce point, SCHULTZ, *Dreissig Jahre schweiz. Strafgeb.*, in RPS, 1972, p. 28 ; STRATENWERTH, *Zur Rechtsstatlichkeit der Freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht*, in RPS, 1966, pp. 345 ss.

²¹ Il faut remarquer que ce problème était beaucoup moins aigu avec les anciennes dispositions des articles 14 et 15 (qui ne concernaient que les irresponsables ou demi-responsables des art. 10 et 11), 42 (dél. d'habitude) et 43 (renvoi dans une maison d'éducation au travail ; cet article ne parlait pas d'anormaux caractériels comme l'art. 100 bis).

²² V. *supra*, p. 183. Nous signalons que les anciens articles 44 et 45 ne faisaient nulle mention expresse d'un danger de rechute.

²³ Toutefois, lorsqu'il s'agit de contraventions, la présente mesure ainsi que celles des art. 43 et 100 bis ne pourront être prononcées que dans les cas expressément prévus par la loi (art. 104, ch. 2).

D'ailleurs, même dans le cas de l'internement dans un établissement hospitalier — mesure qui répond à un danger plus grave que celui auquel correspond le traitement ambulatoire — la durée de la mesure est de deux ans au maximum. Elle n'est donc pas aussi afflictive et menaçante pour le délinquant que l'est l'internement prévu par les art. 43 et 42, qui ne connaissent aucun plafond²⁴.

La constatation de la redoutabilité susdite devrait être toujours soumise à une expertise préalable, puisqu'elle est liée à un état nécessitant une cure médicale. L'art. 44 prévoit cette expertise seulement en cas de besoin²⁵.

2. Les mobiles pourraient aider les experts à savoir si l'infraction commise avait effectivement comme cause psychique le penchant à la boisson ou à la drogue, ou si c'est un mobile qui a suffi à lui seul à faire commettre l'infraction. Néanmoins, il nous semble que, conformément à l'expression du législateur, il n'est pas nécessaire que l'alcoolisme ou la toxicomanie soient la cause psychique unique ou principale de l'infraction. La loi exige qu'il y ait simplement un rapport entre ce penchant et l'infraction, ce qui signifie qu'elle exige que ces états personnels aient contribué à la décision criminelle.

Mais, outre cela, et constatation faite que le penchant à la boisson ou à la drogue est intervenu dans la motivation de l'infraction, *les mobiles profonds de ce penchant* (et donc, indirectement, du délit) auraient pu encore être utiles pour le traitement ; celui-ci sera, nous semble-t-il, plus efficace, s'il est fixé en fonction des mobiles profonds, c'est-à-dire s'il est adéquat aux besoins pulsionnels et affectifs profonds de l'agent. Car le fait de s'adonner à l'alcool ou à la drogue a souvent comme cause psychique des perturbations graves de la sphère affective, un état affectif profondément désagréable, auquel on s'efforce d'échapper en usant de ces substances. Ainsi donc, si les perturbations persistent, la rechute est probable. Mais ces problèmes et leur solution qui sont de la compétence des psychiatres, des psychologues et des médecins, dépassent largement le domaine du droit pénal.

La recherche des mobiles de l'acte commis en état d'ivresse peut être encore précieuse pour savoir si nous nous trouvons devant un

²⁴ Cela ne veut pas dire que, de lege ferenda, un danger grave ne devrait pas être requis pour toute mesure privative de liberté.

²⁵ Le Projet de 1965 imposait toujours l'expertise. L'art. 13, ch. 2 paraît poser également cette règle, mais les dispositions spéciales concernant chaque mesure la priment. V. KURT, *Les dispositions révisées du CPS*, in IPS, 1972 (fasc. janv.-mars), p. 22.

cas d' « *actio libera in causa* », prévu par l'art. 12 CPS, c'est-à-dire d'un acte commis par un individu qui s'est enivré intentionnellement pour commettre en état d'ébriété un délit qu'il avait déjà décidé lorsqu'il était pleinement conscient. Les mobiles du délit dans ce cas ne laissent pas, en règle générale, à l'ivresse une place de cause psychique de l'acte. Ce qui signifie que ni les art. 10 et 11 ni l'art. 44 ne pourront être appliqués dans ce cas.

C) L'INTERNEMENT DES DÉLINQUANTS D'HABITUDE ET LES MOBILES.

1. Le délinquant d'habitude (delinquente abituale, Gewohnheitsverbrecher) a, dans tous les pays, retenu particulièrement l'attention des pénalistes et des criminologues en raison de sa redoutabilité, aussi évidente que difficile à combattre.

Le délinquant d'habitude est celui qui a commis plusieurs crimes ou délits et qui fait montre d'un penchant à l'activité criminelle, penchant créé ou intensifié par la réitération.

Il n'est pas à confondre avec le criminel par tendance qui, lui, peut être dépisté même à la suite d'un seul crime susceptible de révéler, grâce aux circonstances objectives et subjectives, une nature particulièrement mauvaise (en italien « *malvagia* »), dont naît une inclination pour le délit, alors qu'on ne peut concevoir un délinquant d'habitude s'il n'y a pas multiplicité de crimes ou de délits, dont il résulte une habitude qui le pousse à l'activité délictueuse²⁶.

²⁶ Le délinquant par tendance est appelé en italien « *delinquente per tendenza* » ou « *costituzionale* » ; en allemand « *Hangverbrecher* » ou « *Zustandsverbrecher* ». V. DI TULLIO, *Principi di Criminologia clinica*, 1954, pp. 266 ss. et 139 ss. qui remarque que le « *Zustandsverbrecher* » d'EXNER s'identifie au « *delinquente costituzionale o per tendenza* ». V. sur la distinction qu'il faut faire entre délinquants habituels et délinquants par tendance BOUZAT-PINATEL, *Traité*, III, pp. 387 ss. ; WELZEL, *Das d. Strafr.*, pp. 126-127 ; ANTOLISEI, *Manuale*, pp. 522 s. et 528 ; DI TULLIO, *loc. cit.* ; v. LISZT, *Die psychologischen Grundlagen*, *loc. cit.*, p. 499. C'est au délinquant d'habitude que les codes pénaux se réfèrent, en règle générale, pour un traitement spécial (peine ou mesure de durée indéterminée) et non pas au délinquant par tendance. La raison en est qu'on estime qu'un traitement aussi sévère devrait avoir des fondements objectivement sûrs, c'est-à-dire d'une part l'habitude résultant de l'accomplissement de plusieurs actes punissables et, d'autre part, la preuve préalable de l'inefficacité de la peine ordinaire. Le C.P. It. est le seul, à notre connaissance, qui prévoie le traitement spécial du délinquant *par tendance* (art. 108) ; il donne cependant à ce mot une acception plus restreinte que celle qui est admise dans la théorie : il exige un « délit de sang » intentionnel. En dépit de cette restriction, cet article a soulevé beaucoup de controverses en Italie : v. ANTOLISEI, *Manuale*, pp. 527 s. — Le C.P. All., dans sa version récente, après l'abrogation du

Le délinquant d'habitude n'est pas nécessairement un délinquant sérieux. Au contraire, nombre de délinquants habituels sont simplement des asociaux et non des antisociaux. Il existe une probabilité très élevée de voir les premiers commettre de nouveaux actes punissables (= grande périculosité au point de vue quantitatif), comme chez tout délinquant d'habitude, mais non pas d'actes graves (= pas de périculosité qualitativement grave). Aussi fut-il constaté par pénalistes et criminologues que la grande majorité des délinquants habituels sont des délinquants plus ou moins anodins, notamment des délinquants contre le patrimoine²⁷ (par exemple des petits voleurs).

Les délinquants professionnels ou par métier forment une sous-catégorie de délinquants d'habitude ; ce sont ceux qui, ayant un penchant criminel, commettent habituellement une certaine espèce de délits pour se procurer, en partie du moins, des moyens de subsistance (ce sont, par exemple, les contrebandiers ou les proxénètes professionnels). Dès lors, ils sont soumis au traitement des habituels²⁸. En revanche, n'y sont pas soumis les *multi-récidivistes dits occasionnels* qui, bien qu'ayant commis plusieurs délits, ne font pas preuve

§ 20a (peine aggravée dans le cas de « gefährliche Gewohnheitsverbrecher ») ne connaît que la mesure du § 42e (« Sicherungsverwahrung »). Ce dernier article ne requiert que deux condamnations précédentes à des peines privatives de liberté (d'au moins un an), l'exécution antérieure même d'une seule peine (d'une durée d'au moins deux ans) et la constatation d'un penchant au crime (grave). Ces éléments forment un type qui n'est pas vraiment celui du délinquant habituel, mais pas nettement non plus celui du délinquant par tendance. D'ailleurs, le terme « Gewohnheitsverbrecher » n'existe désormais ni dans les titres ni dans le texte d'aucune disposition depuis la modification du C.P. All. de 1969-1970.

²⁷ EXNER, *Kriminologie*, 1949, p. 292, rapporte que 86 % des internés à Straubing étaient des délinquants contre le patrimoine. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, 12. Aufl., p. 122, Bem. 10 § 20a, souligne que la grande majorité des délinquants habituels sont des délinquants contre le patrimoine (94 %), cependant que 4,3 % sont des délinquants contre les mœurs et 1,7 % des délinquants violents (d'après les recherches de LOTZ). K. SVERI est du même avis, *Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher in den nordischen Ländern*, in ZStW. 1968, p. 177 in fine. Cf. HELLMER, *Der Gesohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung*, 1934-1945, p. 324 ; SCHACHT, *Kriminologische Untersuchungen an entlassenen Sicherungsverwahrten*, p. 443 ; HAMMOND et CHAYEN, *Persistent criminals*, p. 34 ; WEST, *The Habitual prisoner*, pp. 13, 100 et 106 ; Ph. GRAVEN, *Les mesures de sûreté...*, loc. cit., pp. 61 et 65 ; BOUZAT, *La lutte contre le récidivisme en France*, in RSC, 1966, pp. 864 ss.

²⁸ C'est pourquoi, lorsque l'internement des habituels est décidé, la jurisprudence ne tient pas compte de la notion spéciale de « délinquants par métier », puisque la qualité générale de « délinquant d'habitude » suffit. En revanche, elle en tient compte lors de l'application des dispositions de la partie spéciale qui se réfèrent à l'exercice d'une activité délictueuse « par métier » comme élément constitutif ou aggravant de certains délits : v. *infra*, pp. 270 et 287 s.

d'une vraie habitude et d'un vrai penchant au délit²⁹ ; n'y sont pas soumis non plus les délinquants par tendance, qui ont toujours un penchant au délit, s'ils ne font pas montre d'une habitude délictueuse en commettant de nombreux délits.

2. Les systèmes de répression du délinquant habituel peuvent être répartis en deux grandes catégories : la première, qui considère cet état comme une cause d'aggravation de la peine, et la seconde, qui le considère comme une cause d'application d'une mesure de sûreté spéciale. Les systèmes de la première catégorie devraient être fondés sur le principe que la disposition criminelle accroît proportionnellement la culpabilité ; les systèmes de la seconde devraient être, eux, fondés sur le principe que la disposition criminelle augmente la périiculosité et non la culpabilité.

Il existe encore des systèmes mixtes qui considèrent la disposition criminelle par habitude tantôt comme une circonstance aggravante de la peine, tantôt comme une circonstance entraînant l'application d'une mesure de sûreté.

Nous avons déjà exposé les raisons pour lesquelles la première position nous paraît fondamentalement erronée³⁰ ; par conséquent, les systèmes mixtes qui feraient de la périiculosité tantôt un critère de l'augmentation de la peine, tantôt un critère d'application d'une

²⁹ V. BELEZA DOS SANTOS, *Rapport général* au XII^e Congrès Pénal et Pénitentiaire, in Actes, IV, pp. 169 ss. ; du même auteur, *Récidivistes et délinquants d'habitude*, in RSC, 1954, pp. 686 ss. Il s'agit d'une figure criminelle plutôt rare, apparaissant notamment dans des circonstances extérieures extraordinaires : p. ex., les petits voleurs systématiques de denrées alimentaires pendant l'occupation allemande en Grèce (époque de famine) qui, avant et après cette période, n'ont pas commis d'actes punissables homotropes ou hétérotropes. Ils n'avaient donc pas de penchant au délit.

³⁰ V. *supra*, pp. 164 ss. A cette catégorie se rattache le C.P. Grec (art. 90, 91 et 92), qui cependant, en vertu de l'art. 79, tient compte de la disposition criminelle dans la fixation de toute peine. Dans cette même catégorie devrait figurer le § 20a du C.P. All., abrogé en 1969 ; il se fondait, selon l'interprétation la plus répandue sur la « Täter- ou Lebensführungsschuld » ; v., sur ce sujet *supra*, p. 124. — V. contre cette interprétation, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 12. Aufl., qui, dans leur effort d'éviter la « Täterschuld », qualifiaient cette peine de « Sicherungsstrafe », notion peu orthodoxe, à notre avis, sur le plan dogmatique, puisqu'elle présuppose que la redoutabilité pourrait entraîner une peine comme sanction. D'ailleurs il nous semble que, même les art. 133 C.P. It. et 79 C.P. Gr. ne sont pas orthodoxes. C'est pourquoi l'interprétation de l'art. 133 C.P. It. a suscité tant de controverses : v., p. ex., GRISPIGNI, *Dir. Pen. ital.* I, 1950, p. 172 ; BETTIOL, *Dir. Pen.*, 1969, pp. 340 ss. ; BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice*, 1939, pp. 73 ss. Ces trois auteurs présentent trois façons d'interpréter l'art. 133. Sur le système du C.P. Gr. v. GARDIKAS, in Ann. Pén. 1951, pp. 57 ss. ; BAKATSOULAS, in Ann. Pén. 1951, pp. 127 ss.

mesure de sûreté³¹ devraient être considérés comme également erronés. A la périculosité devrait toujours correspondre une mesure de sûreté, cependant que la peine, dans un système fondé sur la culpabilité, ne devrait être qu'une sanction de cette dernière.

Les systèmes prévoyant une mesure de sûreté contre les délinquants habituels se subdivisent en systèmes représentatifs (« vikariierende Systeme »), dans lesquels la mesure est appliquée en remplacement de la peine, et en systèmes cumulatifs, dans lesquels la mesure est appliquée cumulativement à la peine³².

3. Le système du CPS appartient à la seconde catégorie, c'est-à-dire qu'il prévoit comme répression du délinquant habituel une mesure de sûreté privative de liberté³³ d'une durée indéterminée, avec un minimum de trois ans et sans plafond ; il a plus particulièrement adopté le système représentatif.

L'art. 42 du CPS, comme il a été modifié par la loi de 1971, exige pour son application : 1) que le délinquant ait commis antérieurement de nombreux crimes ou délits intentionnels ; 2) qu'il ait subi des peines ou des mesures privatives de liberté d'une durée globale d'au moins deux ans ; 3) qu'il ait commis un nouveau crime ou délit intentionnel dans les cinq ans qui ont suivi sa libération définitive ; 4) que ce nouveau délit, comme suite des précédents, dénote son penchant à la délinquance.

³¹ Tel l'ancien système allemand, qui, à côté du § 20a mentionné dans la note précédente, contenait aussi le § 42e qui prévoyait une mesure de sûreté. Le nouveau C.P. All. ne contient que le § 42e, modifié en 1969, lequel se fonde sur la redoutabilité (ou périculosité).

³² V. FREY, *Das Verhältnis von Strafe und Massnahme de lege lata et de lege ferenda*, in RPS, 1951, p. 302 ; A. MARQUARD, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Massregel*, 1972. Le système cumulatif est plus orthodoxe dans un code pénal fondé sur la culpabilité : la peine correspond à la culpabilité, la mesure, à la redoutabilité. Ainsi en est-il p. ex., du § 42e C.P. All. depuis 1969 et de l'art. 211 C.P. It. depuis 1962 (loi du 25-11-1962). Mais ce dernier code prend aussi en considération la « capacità a delinquere » (disposition criminelle) pour la fixation de toute peine (art. 133). Le § 13 de la 1^{re} loi (1969) modifiant le C.P. Al.III. en tient compte aussi jusqu'à un certain point. V. *supra*, sec. p., p. 163. Nous optons personnellement pour le second à cause de la similitude existant dans la pratique entre le mode d'exécution des peines et celui des mesures privatives de liberté ; de plus, nous croyons qu'il est juste de tendre à l'unification des sanctions. Pour le système représentatif, entre autres auteurs, v. JESCHECK, *Die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs eines Strafgesetzbuchs*, in ZStW. 80, p. 83 ; l'auteur se prononce même expressément pour le système de l'art. 42 du CPS et du Projet de 1965.

³³ A titre tout à fait exceptionnel le Tribunal cantonal des Grisons a lié cette mesure à la culpabilité (« Lebensführungsschuld »), v. BJP, 1965, n° 134.

Le penchant au crime (ou disposition criminelle) lié à l'habitude est donc une condition indispensable³⁴. La loi de 1971 a éliminé le penchant à l'inconduite ou à la fainéantise qui (à côté du penchant au crime) suffisait jusqu'alors. La même loi exige encore que les nombreux crimes commis antérieurement par le délinquant soient intentionnels (ce qui est nouveau), que les privations de liberté qu'il a déjà subies soient d'une durée globale d'au moins deux ans et qu'elles consistent en réclusion, en emprisonnement, en renvoi dans une maison d'éducation au travail ou en internement d'un délinquant d'habitude³⁵.

Conséquemment à la notion de penchant *par habitude*, le nouvel article a encore exigé que le nouveau délit, à cause duquel le délinquant est jugé en vertu de l'art. 42, soit commis dans les cinq ans qui suivront sa libération définitive (précédente).

Il semble d'après ces modifications que le législateur veuille faire appliquer l'art. 42 à des cas plus graves que ceux qui en relevaient auparavant. Dans ce sens, la plus importante de ces modifications est l'élimination, parfaitement louable, du penchant à l'inconduite ou à la fainéantise comme condition équivalente au penchant criminel³⁶.

Néanmoins, on ne saurait conclure qu'il s'agisse actuellement, même selon cette nouvelle teneur de l'art. 42, d'une redoutabilité grave qui fasse peser notamment une menace grave sur l'ordre public. Une telle périculosité n'est ni expressément ni implicitement requise par la loi. La peine globale de deux ans, sans que la loi requière au moins une peine grave, pourrait consister en plusieurs peines courtes, ce qui présupposerait des délits antérieurs de peu de gravité. En outre — et ceci est plus caractéristique encore — le nouveau texte prévoit aussi la possibilité que le condamné exécute sa peine dans un établissement ouvert (chiffre 2), ou encore qu'il soit occupé hors de l'établissement

³⁴ Il s'agit là d'un élément subjectif dépassant les éléments objectifs lesquels ne suffisent pas pour prouver son existence ; dans ce sens v. Arrêt de la Cour de Cass. de Genève in BJP 1962 n° 11 s. 7 R.

³⁵ L'ancien art. 42 requérait de nombreuses peines privatives de liberté, effectivement subies, sans en spécifier la durée globale ni la nature. En revanche, la nouvelle teneur n'exige plus de nombreuses peines subies, c'est-à-dire quatre au moins selon l'interprétation jurisprudentielle de l'ancien art. 42 (v. ATF 69 IV 102, 75 IV 100, 88 IV 58 ; Cour de Cassation de Genève, in BJP 1962 n° 11) ; il n'exige que de nombreux délits, dont il spécifie cependant la nature, et fixe un minimum de durée totale des privations de liberté.

³⁶ Néanmoins, le critère du penchant à l'inconduite ou à la fainéantise ne fut pratiquement pas appliqué en tant que tel, v. ATF 77 IV 79, JdT 1951 IV 112. Ce critère fut critiqué par STOOS lui-même (in RPS, 44, p. 262). V. également Ph. GRAVEN, *Les mesures de sûreté*, p. 55 ; GISSINGER, *Die Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern im schweiz. Strafrecht*, p. 50.

après un internement d'une durée égale à la moitié de la peine, mais d'au moins deux ans (chiffre 3) ; ces deux cas supposent une périculosité de faible gravité ³⁷.

Nous avons déjà dit que la gravité de la périculosité doit être évaluée par rapport à l'importance des biens en péril, à l'étendue probable de la lésion et au cercle des personnes dont les biens sont en danger ³⁸.

³⁷ Le nouveau texte comme l'ancienne version de l'art. 42 concerne aussi les délinquants simplement asociaux ; cela résulte des Messages du CF de 1918, FF 1918 IV p. 18, et de 1965, FF 1965 I p. 581. — Ph. GRAVEN, *op. cit.*, p. 59 et *La réforme pénale européenne*, pp. 240-242, critique ce fait à juste titre. Il souligne surtout que, tandis que l'ancien art. 14 requérait une infraction grave pour l'imposition d'une mesure grave, l'art. 42 impose une mesure aussi grave — plus grave encore, dirions-nous, puisque l'internement de l'art. 42, sans plafond comme celui de l'art. 14, est d'un minimum de trois ans, ce que l'art. 14 ne prévoyait pas du tout — mais *sans requérir aucune proportionnalité* de celle-ci avec la gravité du danger. V., dans ce sens également SCHULTZ, *Dreissig Jahre schw. Strgb.*, in RPS 1972, pp. 37 s. Sur la nécessité qu'il y a de proportionner la mesure à la gravité du danger, v. Ph. GRAVEN, *Les mesures...*, pp. 60-61 et 64-65. — Nous notons que le nouveau C.P. All. requiert expressément la proportionnalité pour toute mesure de sûreté (§ 42a/2) et ne permet l'application du § 42e (« Sicherungsverwahrung ») que dans le cas où le délinquant manifeste un penchant à commettre des crimes ou des délits graves (alin. 3). — De même, le C.P. Suédois (Chap. XXX, art. 1) requiert un danger d'infractions graves. Le C.P. It. ne l'exige pas, mais il prévoit, comme sanction, le renvoi dans une colonie agricole ou dans une maison d'éducation au travail. Et l'on se demande (avec SCHULTZ, RPS, 1962, p. 24, avec STRATENWERTH, RPS, 1966, p. 356 et Ph. GRAVEN, *La réforme pénale européenne...*, p. 242) pourquoi alors interner pendant de longues années (au moins trois), et même pour la vie, des personnes qui peuvent, sans préjudice pour la société, vivre dans un établissement ouvert ou travailler hors de l'établissement. Nous pensons que, de lege ferenda, une mesure restrictive et non privative de la liberté devrait être préalablement tentée dans tous les cas, excepté dans ceux qui sont extraordinairement graves, et que, dans les cas très légers (p. ex. petits vols), on ne devrait jamais infliger l'internement prévu par l'art. 42. D'autant plus que l'internement est en pratique appliqué au fond comme une peine privative de liberté et que cette peine a déjà échoué. Il n'est donc pas justifié de priver une personne de sa liberté sans espoir d'amélioration, pour une raison de simple commodité sociale, et de ne pas tenter l'application d'une autre mesure *en liberté* (d'autant plus que l'*internement*, dans ces cas, selon la loi actuelle, pourrait aussi se faire dans un établissement ouvert). Ph. GRAVEN considère que ne serait justifiée l'application de l'internement de l'art. 42 que dans les cas d'agression contre l'intégrité physique et contre la vie (délits de sang), *op. cit.*, p. 61, plus particulièrement n. 49 *in fine* et p. 50, où l'on trouve également une bibliographie internationale relative à ce sujet. — La jurisprudence a toujours, en Suisse, appliqué avec retenue les mesures de sûreté pour plusieurs raisons citées par CLERC, *Les mesures de sûreté en droit pénal suisse*, in RSC 1965, pp. 87-103 ; elle a appliqué avec une modération toute spéciale la mesure de l'art. 42 et y a aussi introduit une certaine proportionnalité, qui n'a cependant jamais atteint celle que l'art. 14 imposait. V. Ph. GRAVEN, *Les mesures...*, p. 63.

³⁸ V. *supra*, p. 183. Cf. § 42e 1/3 C.P. All. après la modification de 1969.

4. Ce n'est qu'après avoir analysé les conditions requises par la loi pour l'application de l'art. 42 que nous pourrions étudier d'une façon approfondie en quoi consiste précisément la périculosité prévue par cet article, afin de préciser le rôle que jouent les mobiles dans la constatation de celle-ci. Nous avons déjà soutenu plus haut que nous considérons au fond les notions de disposition criminelle et de redoutabilité comme des synonymes puisque la seconde n'est que l'aspect de la première projetée dans l'avenir ³⁹.

Mais la périculosité de l'art. 42 n'est pas synonyme de disposition criminelle en général, puisqu'elle représente une catégorie spéciale de cette dernière, celle qui est liée à l'habitude dans l'activité délictueuse et à l'insensibilité à la peine (ou incorrigibilité). Que cette habitude ait créé ou simplement intensifié un penchant au crime est indifférent, pourvu qu'elle existe. La raison en est que l'influence psychique qu'exerce l'habitude sur la réitération d'un certain acte est généralement reconnue. L'habitude constitue donc un critère plus ou moins sûr de la probabilité élevée qu'il y a de voir le délinquant perpétrer de nouveaux délits. Mais l'incorrigibilité augmente également la probabilité de rechute ; elle indique aussi la nécessité qu'il y a d'appliquer cette mesure grave plutôt que la peine ordinaire.

Cette périculosité diffère aussi de la périculosité de l'art. 43 qui consiste également en un certain penchant au délit, mais, dans ce dernier cas, ce penchant est dû à l'état psychique anormal de l'agent.

Les mobiles, indices de la personnalité de l'auteur, sont utiles dans l'application de ces deux articles pour l'investigation de son état personnel. Mais, tandis que dans l'art. 43 ils servent à diagnostiquer l'état anormal de l'agent et le penchant criminel correspondant, donc le danger qui en découle, dans l'art. 42 ils servent à diagnostiquer

³⁹ V. *supra*, p. 118. Le diagnostic de la disposition criminelle et le pronostic de la rechute sont les deux faces de la même médaille ; l'inaptitude à la rééducation (ou l'insensibilité à la peine) et la périculosité en revanche sont proportionnelles mais ne s'identifient pas. L'AP de 1893 se fondait sur l'insensibilité à la peine. C'est depuis l'AP de 1908 que la notion du penchant au délit est apparue. Le TF paraît exiger l'inaptitude à la rééducation ou l'insensibilité à la peine — peine qui alors devrait être assez longue, puisque les peines de courte durée ne sauraient, dit-on, exercer une influence éducative — ainsi que la probabilité de voir le condamné commettre de nouveaux délits. Dans ce cas-là, il s'agit d'un diagnostic d'incorrigibilité et d'un pronostic de périculosité (deux notions distinctes) ; voir à ce sujet ATF 84 IV 5 (in JdT 1958 IV pp. 100 et 102) dans une interprétation récente de l'ancien art. 42. Le nouvel article 42 paraît se soucier beaucoup moins de cette insensibilité à la peine, puisqu'il n'exige plus que le délinquant ait purgé de nombreuses peines ; la peine globale requise par la loi peut consister en une ou deux peines purgées.

l'habitude et le penchant criminel, donc le danger qui en résulte, en dehors d'un état anormal quelconque.

Les mobiles du délit dans ce dernier cas serviront à diagnostiquer l'existence de l'habitude et de la disposition criminelle à un double point de vue : quantitatif, ou degré de probabilité du danger, et qualitatif ⁴⁰, ou degré de la gravité de ce danger. Il est très probable que, dans le cas d'un délinquant d'habitude homotrope — et l'on rencontre très souvent ce type de délinquant habituel ⁴¹ — les mobiles *profonds*, qui ont leur origine dans une certaine tendance profonde à coloration affective ou dans une combinaison de certaines tendances, soient chaque fois les mêmes. Dans ce cas, *la constance des mobiles* est caractéristique de l'existence de l'habitude et du penchant, ainsi que de son degré d'enracinement dans la personnalité du criminel ⁴².

En général, plus les mobiles se répètent, plus ils sont en harmonie avec la personnalité globale de l'agent et plus la probabilité du danger est élevée. Etant donné que, comme nous l'avons déjà admis, il doit toujours exister, pour l'application des mesures de sûreté et tout particulièrement pour l'internement des habitués, un degré de probabilité très élevé, les mobiles serviront à constater l'existence de cette condition, indispensable à l'application de la mesure étudiée.

Mais les mobiles serviront aussi — selon l'importance de la *lésion à laquelle ils visent* ⁴³ — à évaluer *la gravité* de la périculosité. Cette gravité n'est pas une condition pour l'application de l'internement prévu à l'art. 42 ; néanmoins, elle est très *utile pour choisir, parmi les modes d'exécution prévus par cet article* (établissement ouvert ou fermé, occupation hors de l'établissement), celui qui convient le mieux dans le cas concret.

Les mobiles seront utiles aussi pour *l'individualisation ultérieure de la peine, lors de l'application du mode d'exécution choisi*, en fonction des besoins psychiques de l'agent, besoin dont les mobiles profonds sont les indices. Il est vrai que la mesure est principalement éliminatrice, mais cela ne signifie pas qu'un effort pour améliorer l'interné, — donc pour individualiser la mesure en vue de ce résultat — ne doive

⁴⁰ V., sur ces deux aspects de la disposition criminelle et sur le rôle que jouent les mobiles dans la constatation de tous les deux, pp. 117 ss. et 128 ss.

⁴¹ Théoriquement parlant, nous considérons que le vrai délinquant habituel est un délinquant homotrope.

⁴² V. exemple p. 147 (2^e cas de vol).

⁴³ La gravité de la lésion seule ne suffit pas comme critère pour évaluer la gravité de la disposition criminelle : elle n'est prise en considération pour cette évaluation que si elle correspond à l'intention et aux mobiles de l'agent.

pas être tenté. Le législateur lui-même conserve cet espoir, puisqu'il prévoit la possibilité de la libération conditionnelle ⁴⁴.

Nous citerons, à titre d'exemple, une particularité qu'on rencontre souvent chez les criminels d'habitude, celle de la faiblesse de la fonction volitive ⁴⁵. On la décèle à la facilité avec laquelle ceux-ci succombent à la pression du mobile. Ces gens-là sont d'autant moins curables que l'habitude d'une certaine activité délictueuse s'est enracinée en eux. En tout cas, ce n'est pas en les privant de liberté que l'on pourra améliorer ces types de délinquants, mais en leur donnant l'occasion d'exercer leur volonté en liberté et sous contrôle ⁴⁶. Comme un tel traitement n'est pas prévu par l'art. 42, il faudra, dans ces cas de faiblesse de volonté, adopter *le mode d'exécution qui lui est le plus proche* et encore l'appliquer de la manière la plus appropriée à ce but.

5. Nous désirons souligner le fait que l'habitude elle-même n'est pas suffisante pour expliquer l'activité délictueuse de cette catégorie de délinquants. L'habitude seule ne saurait constituer la cause profonde de l'acte commis. Il reste à comprendre *comment cette habitude a été contractée*, c'est-à-dire à déterminer les causes psychiques de l'activité délictueuse initiale et la raison pour laquelle le Sur-moi d'abord et le Moi à sa suite ont cédé et cèdent continuellement à la pression des mobiles poussant au délit. *Il ne suffit donc pas de constater l'habitude et le penchant* — lequel résulte de l'habitude ou est simplement intensifié par celle-ci — *pour comprendre la personnalité du délinquant et fixer le traitement le plus approprié à son cas*. Une investigation de sa vie entière est nécessaire pour découvrir les conditions personnelles qui ont engendré son habitude criminelle. Dans cette exploration, les mobiles sont le fil d'Ariane qui conduit aux élaborations psychiques profondes, là où toutes les conditions et les expériences personnelles se synthétisent et se transforment en tendances psychiques, source des mobiles par le truchement du processus de la motivation ⁴⁷.

⁴⁴ V. ch. 4 art. 42 ; v. également ch. 5.

⁴⁵ V., sur ce sujet, III^e Congrès International de Criminologie 1955, Conclusions de la 2^e section ; HELLMER, *op. cit.*, p. 34. V. également les ATF 69 IV 102, 84 IV 5, 86 IV 202 ; *Message C.F. 1918*, IV, p. 18.

⁴⁶ Cet espoir n'est pas complètement vain, surtout s'il s'agit de jeunes délinquants en proie à une habitude qui n'est pas encore bien enracinée. Pour la même raison le renvoi dans une maison d'éducation au travail, prévue par le nouvel art. 100 bis, ne serait pas non plus adéquate.

⁴⁷ V. *supra*, pp. 44 ss.

6. Mais cet examen approfondi fait souvent découvrir des anomalies psychiques sous-jacentes ⁴⁸. Ces anomalies, qui sont en règle générale plus graves dans l'activité criminelle grave, sont dues, le plus souvent, d'une part à une mauvaise évolution de la socialisation ou de l'identification surtout dans l'âge tendre, d'autre part à des traumatismes psychiques que le sujet n'a pas surmontés et qui ont engendré des complexes divers. C'est pourquoi la psychologie criminelle contemporaine découvre plus d'anomalies qu'autrefois, mais considère en revanche un plus grand nombre de cas comme curables : elle estime qu'un plus grand nombre de délinquants anormaux présentent des probabilités d'amélioration si les causes psychiques profondes de leur anomalie sont dépistées — et nous avons déjà mentionné l'importance du rôle que jouent les mobiles dans cette découverte — et si, par la suite, un traitement approprié au cas concret est appliqué ⁴⁹.

7. La fréquence de l'anormalité psychique chez les délinquants habituels pose un problème extrêmement délicat, celui du choix de l'article à appliquer : sera-ce l'art. 42 ou l'art. 43 ? Ce problème s'est encore compliqué avec la nouvelle version de l'art. 43. En effet, celui-ci

⁴⁸ En 1927, VERVAECK, dans un article publié dans la R. Dr. P. Cr. 1927, pp. 684 s., soutint que les multirécidivistes en général sont, dans leur grande majorité, des anormaux psychiques. Il se réfère aussi aux observations statistiques du prof. KRASSNUSCHKIN (*Der Verbrecher in Mokrim*, 1927, pp. 65 ss.) ; celui-ci a constaté que 61,9 % des récidivistes étaient des anormaux psychiques. Cf. Pan. YOTOPOULOS, *Les tendances actuelles du droit pénal* (en grec, discours inaugural, Athènes, 1930, p. 41) qui présente des cas concrets de multirécidivistes grecs dont les condamnations et les peines purgées dépassent parfois le nombre de 40 (p. 10). — SCHNELL a fait, en 1935, des recherches statistiques portant sur 502 délinquants d'habitude, notamment sur des individus condamnés pour la sisième fois, après avoir déjà subi 5 peines privatives de liberté ; il a recensé 60 % d'anormaux mentaux ou psychiques en général (cité par C. GARDICAS, *Criminologie*, 1966, p. 763, en grec).

Il faut ajouter qu'après lesdites recherches, le cercle des anomalies psychiques s'est très sensiblement élargi, depuis qu'on a étudié le comportement des criminels psychopathes ou caractériels et des névrosés. On en pourrait inférer qu'une recherche statistique fondée sur les données psychologico-psychiatriques actuelles aurait donné un pourcentage plus élevé d'anormaux psychiques chez les habituels, dont un plus grand nombre sont plus ou moins curables.

⁴⁹ Le prof. DI TULLIO est d'avis que les récidivistes graves pourraient être amendés et adaptés à la vie sociale si le cas de *chacun* faisait l'objet d'une observation et d'un traitement *individuels*, v. Première Conférence des Directeurs d'Instituts de Recherches Criminologiques, Conseil de l'Europe, 1964, p. 48.

Nous croyons utile d'ajouter que l'échec de la rééducation par un traitement inadéquat ne doit pas signifier que le délinquant est « inamendable » ; d'ailleurs le simple internement (qui est, au fond, un emprisonnement) n'est plus considéré comme un traitement approprié et efficace. L'esprit régnant dans la science pénitentiaire actuelle est de remplacer *autant que possible* la privation de liberté par des mesures appliquées en liberté : v. Ph. GRAVEN, *La réforme pénale européenne...*, in RPS 1969, p. 227.

s'étant défait de la notion de l'irresponsabilité ou de la responsabilité restreinte, peut concerner tout anormal mental ou psychique : et c'est ce qu'effectivement son titre implique⁵⁰. La délimitation est donc difficile à faire. Il est évident que le problème ne se pose que s'il existe une anormalité psychique en plus des conditions requises par l'art. 42⁵¹.

Nous pensons que, pour trouver les limites entre ces articles, il faut se poser la question suivante : laquelle des deux causes, l'anomalie psychique ou l'habitude et le penchant qui en résulte, a joué le rôle principal dans la psychogénèse du délit ? Si le délit est dû principalement à la première et que, partant, un traitement psychiatrique soit nécessaire, c'est celui-là que devra ordonner le juge, en vertu de l'art. 43. Si, au contraire, c'est à l'habitude et au penchant au crime qu'il faut attribuer la cause psychique prédominante, c'est la mesure prévue par l'art. 42 qui doit être appliquée.

La jurisprudence a clairement posé comme règle que c'est l'art. 42 (dans son ancienne version) que doit appliquer le juge, à moins que d'autres mesures prévues par le C.P. ne soient plus indiquées⁵².

Mais qui pourrait prouver avec certitude que c'est l'habitude, et non pas l'anomalie décelée qui se cachait derrière elle, qui est effectivement la cause *prédominante* du délit ?

Le problème est des plus délicats et nous pensons que c'est à juste titre que la jurisprudence a fait jusqu'ici — en appliquant l'art. 42 dans son ancienne teneur — un usage très modéré de cette mesure extrêmement rigoureuse, plus modéré en tout cas que celui qu'elle a fait des mesures thérapeutiques⁵³.

⁵⁰ V. sur ce sujet *supra*, pp. 186 s.

⁵¹ Si, par exemple, le délinquant n'a pas commis antérieurement de nombreux crimes ou délits intentionnels ou s'il n'a pas subi de peines ou de mesures privatives de liberté de la nature et de la durée globale minimale prévues à l'art. 42, c'est l'art. 43 seul qui pourrait être appliqué.

⁵² P. ex. ATF 92 IV 79 (JdT 1966 IV 135). Le Message du CF sur le projet de 1965, FF 1965, p. 580, corrobore cette interprétation, en précisant que l'expertise doit donner la priorité à la mesure de l'art. 43 dans le cas où un traitement médical urgent s'impose.

⁵³ V., sur ce sujet, CLERC, *loc. cit.*, p. 95. Il se réfère à la statistique des mesures infligées de 1946 à 1962 en Suisse ; il signale une légère augmentation des mesures thérapeutiques, cependant que les mesures éliminatrices et éducatives « sont en nette perte de vitesse ».

L'unification de ces deux mesures, proposée par Ph. GRAVEN (v. *Les mesures*, *op. cit.*, p. 69), éliminerait cette difficulté. Il s'agissait là des anciens art. 14 et 42. Néanmoins, nous sommes de l'avis que si elles sont bien appliquées, elles doivent rester distinctes, surtout dans un système représentatif.

Un examen global de la personnalité devrait avoir lieu chaque fois qu'on se trouve en présence d'un multirécidiviste apparaissant comme habituel, afin d'approfondir sa personnalité psychique. On examinera son évolution tout entière depuis sa naissance, et, dans ce cadre, on étudiera le processus de la motivation qui l'a conduit au crime, dans le passé et dans le présent. Nous avons déjà étudié le mécanisme profond des mobiles et les méthodes d'exploration de ceux-ci ainsi que leur signification comme indice d'« anormalité » psychique ⁵⁴.

L'examen global comporte aussi l'expertise psychiatrique, si, pendant cet examen, elle apparaît nécessaire. Ainsi donc, la disposition de l'art. 42, ch. 1, in fine : « le juge fera examiner l'état mental du délinquant si cela est nécessaire », ne nous paraît pas suffisante. Quoi qu'il en soit, pour la criminologie moderne ⁵⁵ l'expertise psychiatrique seule n'est plus suffisante.

8. Voici résumé tout ce que nous avons exposé sur le rôle que jouent les mobiles dans le traitement des délinquants habituels :

Les mobiles servent comme indices, et non pas comme preuves : 1) de l'existence de l'habitude et du penchant au crime ; 2) du haut degré de probabilité de voir le délinquant commettre de nouveaux crimes ou délits ; 3) de la gravité des délits probables ; 4) de la cause profonde de cette habitude délictueuse ; 5) de l'existence ou non d'une anomalie psychique et 6), dans ce dernier cas, de la prédominance ou non de celle-ci dans la motivation de l'activité délictueuse.

Les constatations énoncées sous les chiffres 1, 2 et 6 sont nécessaires pour l'application ou la non-application de l'art. 42, cependant que celles qui figurent sous les chiffres 3, 4 et 5 sont nécessaires pour le choix du traitement le plus approprié à l'individu, entre les deux que prévoit l'art. 42, ch. 2 (établissement ouvert ou fermé), et, ensuite, pour l'exécution de la façon la plus efficace du traitement que l'on aura retenu.

⁵⁴ V. *supra*, pp. 137 ss. et 184 ss., où nous insistons tout particulièrement sur la difficulté de la tâche des spécialistes.

⁵⁵ Ph. GRAVEN, *Les mesures...*, *op. cit.*, p. 65 n. 64, et p. 56 n. 23 ; SCHULTZ, *Schweizer Strafrecht*, in ZStW. 1971, p. 1052.

D) LE RENVOI DANS UNE MAISON D'ÉDUCATION AU TRAVAIL ⁵⁶.

1. L'art. 100 bis, depuis la modification de 1971, présente des différences essentielles avec l'art. 43 de 1937, tel qu'il avait été modifié en 1950.

Tous deux ont pour but d'amender les délinquants qui ne sont pas gravement dangereux, mais, tandis que l'ancien art. 43 concernait tous les adultes, l'art. 100 bis ne concerne que les jeunes âgés de 18 à 25 ans (jeunes adultes) ; l'art. 43 concernait seulement les délinquants dont l'infraction est en rapport avec l'inconduite et la fainéantise, tandis que l'art. 100 bis y ajoute ceux dont l'infraction est liée au caractère gravement perturbé ou menacé, ou à l'état d'abandon ; l'art. 43 exigeait que le délinquant eût commis un crime ou un délit et qu'il n'eût pas déjà subi de condamnation à la réclusion ou à l'internement, tandis que l'art. 100 bis ne requiert plus qu'une infraction en général (même une contravention !) et ne s'intéresse pas à l'existence ou non d'une condamnation antérieure ; l'art. 43 imposait l'examen du condamné pour voir s'il pouvait être formé au travail ⁵⁷, tandis que l'art. 100 bis requiert un examen plus général — bien que facultatif, selon l'art. 100 ch. 2 — qui permettra de dire si cette mesure paraît propre à prévenir de nouveaux crimes ou délits. La mesure consiste à placer les jeunes adultes dans une maison d'éducation au travail, distincte de tout autre établissement ; selon le chiffre 3 de l'art. 100 bis « tout interné sera formé à un travail adapté à ses capacités et lui permettant d'assurer son existence à sa libération. L'affermissement de son caractère, son développement intellectuel et corporel, l'accroissement de ses connaissances professionnelles seront encouragés dans la mesure du possible ».

Cette mesure, remplaçant la peine, est d'une durée minimale d'un an et maximale de quatre ans. En tout cas, l'interné doit être libéré à l'âge de 30 ans.

⁵⁶ Cette mesure a été abrogée en Allemagne par la modification du CP de 1969. En Italie, elle ne constitue qu'un des deux modes d'application de la mesure que l'on prend contre les habitués en général (art. 102). Dans le C.P. Gr., elle existe comme mesure spéciale (art. 72) cumulativement infligée avec la peine, sans que l'on tienne compte de l'âge de l'auteur.

⁵⁷ V. BJP 1965 n° 135 ; BJP 1945 n° 88 (ce dernier dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner le renvoi dans une maison d'éducation au travail s'il est peu probable que le condamné puisse être corrigé de son inconduite ou de sa fainéantise).

La restriction du cercle des personnes qui peuvent être soumises à cette mesure est due, croyons-nous, au fait que l'ancienne mesure de l'art. 43 n'avait pas donné les résultats qu'on en attendait⁵⁸. On a donc voulu tenter de l'appliquer à des personnes que leur âge rend plus amendables. De plus, on a voulu par la même occasion étendre aux « jeunes-adultes » l'esprit d'amendement et d'éducation qui domine déjà le droit des mineurs, en lieu et place de l'esprit rétributif qui domine le droit des adultes.

Si le législateur a restreint le cercle des personnes, il a, en revanche, beaucoup élargi celui des cas qui sont soumis à cette mesure. Avec les modifications déjà mentionnées, il l'a érigé « en une espèce de fourre-tout pour jeunes délinquants qui n'auront souvent d'autres points communs que leur âge »⁵⁹.

2. La redoutabilité requise donc par la loi est actuellement, au point de vue de *la gravité*, d'une gamme très étendue, puisqu'elle va des délinquants primaires, qui ont commis une seule contravention et se trouvent dans un état d'abandon, jusqu'aux récidivistes qui présentent des perturbations graves de caractère (= caractériels graves ou psychopathes)⁶⁰; tous pourraient être enfermés dans cette maison qui est toutefois « distincte de tous autres établissements » (ch. 2)⁶¹.

Quant à *la quantité* (ou probabilité) du danger ou de la périculosité, nous renvoyons le lecteur à ce que nous en avons dit plus haut, à savoir que la probabilité de voir le condamné perpétrer de nouveaux crimes ou délits doit, pour l'application de toute mesure de sûreté, être d'un degré très élevé⁶².

⁵⁸ Ainsi CLERC, *Les avatars de la deuxième révision du CPS*, in RPS 1966, p. 129; FREY, in Procès-verbaux de la Commission de révision partielle, groupe A, 4^e séance, p. 24 (il rapporte, entre autres, que 90 % des pensionnaires de la maison de travail abandonnent, après leur libération, le métier qui leur a été enseigné); HAEFELY, dans une recherche spéciale (thèse), Berne, 1962, pp. 96 s., publiée sous le titre *Das Verhalten von 200 Insassen der Arbeitserziehungsanstalten Utikon und Witzwil nach Ihrer Entlassung*, constate une rechute de ceux-ci dépassant 60 %.

⁵⁹ V. Ph. GRAVEN, *Réforme pénale européenne*, p. 243. Nous supposons que cet élargissement est encore dû au fait que, dans la pratique, les jeunes adultes n'étaient pas condamnés à l'internement prévu par l'art. 42, alors même que les conditions légales existaient (Ph. GRAVEN, p. 244).

⁶⁰ V. pour la signification du terme de psychopathe ou caractériel, *supra*, p. 41, n. 89.

⁶¹ L'insuffisance de cette distinction (visant visiblement à épargner aux jeunes adultes la promiscuité avec des délinquants endurcis) est évidente, car la variété et les degrés de redoutabilité des personnes qui y sont internées en neutralise en grande partie le but.

⁶² V. *supra*, p. 183.

3. Dans l'application de cette mesure, les mobiles seraient, à notre avis, de la plus grande utilité pour les constatations suivantes : 1° la constatation du degré de probabilité de rechute ; plus les mobiles du délit sont en harmonie avec la personnalité de l'auteur, plus la *quantité* de redoutabilité — autrement dit, la probabilité de réitération — est élevée ⁶³ ; 2° La constatation de la *gravité* du danger ; nous renvoyons à notre exposé sur le sens de cette gravité, ainsi qu'au rôle que jouent les mobiles dans sa constatation ⁶⁴.

Les mobiles pourront en outre aider à constater l'existence d'un lien entre l'infraction commise et les états personnels prévus par cet article, ou bien l'absence d'un tel lien.

Ils pourraient en outre être utiles pour la constatation d'une perturbation caractérielle, et l'évaluation de son degré. Nous avons déjà parlé du rôle des mobiles comme indices de l'anormalité psychique dans les passages de ce chapitre concernant le traitement des anormaux et l'internement des habituels, et d'une façon plus générale, dans la première partie de notre travail.

4. Il reste à délimiter le champ d'application de l'art. 100 bis et des art. 42 et 43, dans le cas d'un jeune délinquant caractériel grave, dont l'infraction et la redoutabilité sont, bien qu'implicitement, liées à cet état.

Nous croyons que la mesure de l'art. 43 devrait toujours avoir la préférence du juge, si le besoin d'un traitement psychiatrique se fait sentir ⁶⁵.

Quant à l'art. 42, même si les conditions qu'il requiert sont remplies, il ne devrait être appliqué, croyons-nous, qu'à des cas *vraiment très graves*, puisque l'intention du législateur de 1971 est de soustraire, dans toute la mesure possible, les jeunes adultes aux peines et aux mesures prévues pour les adultes de plus de 25 ans. Cette interprétation résulte clairement du Message du CF ⁶⁶. Celui-ci indique

⁶³ V. *supra*, pp. 113 et 121 ss.

⁶⁴ V. *supra*, ce même chapitre p. 183, ainsi que les passages cités dans la note précédente.

⁶⁵ A vrai dire, nous doutons de l'efficacité du renvoi d'un caractériel grave dans une maison d'éducation *au travail*, et cela en dépit de la teneur du chiffre 3, qui parle de l'encourager dans l'affermissement de son caractère, etc. Ce ne sont là que des principes qui ne sont pas accompagnés, dans la pratique, d'une mesure concrète quelconque, p. ex. de l'examen obligatoire de la personnalité de l'auteur, de la présence obligatoire de psychologues, de pédagogues et de psychiatres dans cet établissement spécial, etc.

⁶⁶ FF 1965, I, p. 579.

qu'une certaine retenue s'impose dans l'application de l'art. 42 aux adultes d'un âge inférieur à 25 ans. Mais, *dans les cas particulièrement dangereux*, l'art. 42 doit être appliqué, d'autant plus que, lors des travaux préparatoires, une proposition de ne pas appliquer l'art. 42 aux jeunes adultes a été rejetée. En outre, cette solution est conforme à la ligne suivie jusqu'ici par la jurisprudence, qui a considéré que le juge a l'obligation d'appliquer l'art. 42 (si, bien entendu, les conditions requises par cet article existent), *sauf si d'autres mesures étaient plus indiquées*⁶⁷, comme ce serait le cas *ordinairement mais pas toujours* pour les jeunes délinquants, selon l'esprit du législateur suisse de 1971.

E) LES MOBILES DANS LES AUTRES MESURES.

1. L'art. 57 suppose que quelqu'un a menacé de commettre un crime ou un délit ou qu'un individu « déjà condamné pour crime ou délit manifeste l'intention formelle de réitérer » et enfin, qu'il existe réellement le danger de le voir exécuter une telle menace. Le juge pourra dans ces cas, à la requête de la personne menacée, exiger du menaçant l'engagement de ne pas commettre cette infraction et l'obliger à fournir une somme comme caution préventive.

L'art. 57 requiert le danger de la commission d'un crime ou d'un délit, soit expressément, quand il s'agit d'une personne qui n'a subi encore aucune condamnation, soit implicitement, pour une personne qui a déjà été condamnée. Il est plus probable que cette dernière soit dangereuse, puisqu'elle a déjà fait montre d'une capacité délictueuse⁶⁸ ; c'est à ce fait seulement, pensons-nous, qu'est due la différence d'expression de la disposition légale.

Pour constater la probabilité de ce danger, on doit examiner d'une part les signes extérieurs de périculosité, c'est-à-dire le comportement, d'autre part la personnalité entière de la personne menaçante⁶⁹. Lors de cet examen, il sera très utile de rechercher quels pourraient être les mobiles vrais et profonds de celui qui menace et ne pas se contenter seulement de ce que celui-ci avance comme mobile,

⁶⁷ ATF 92 IV 79 (JdT 1966 IV 135).

⁶⁸ Ainsi SCHWANDER, *op. cit.*, p. 277.

⁶⁹ Dans le cas du délinquant déjà condamné, une menace proprement dite n'est pas requise, puisqu'il n'est pas nécessaire qu'elle s'adresse directement à quelqu'un (le menacé ou un tiers) comme dans le cas de celui qui n'a jamais été condamné : il suffit que la menace proférée concerne quelqu'un.

puisque ce pourrait n'être qu'un mobile faux ou putatif. Plus ses mobiles sont en harmonie avec sa personnalité entière, plus grande est la probabilité que le crime ou le délit soit commis ; au contraire, si les mobiles paraissent en dissonance avec sa personnalité, l'exécution de la menace est moins probable.

Dans ce dernier cas, il n'est pas rare que le but de la menace soit l'intimidation de la personne menacée. Mais il peut arriver que celle-ci constitue aussi un vrai désir de l'individu menaçant, désir probablement irréalisable en raison de sa personnalité globale.

Nous avons déjà décrit la façon dont se fait l'examen de la personnalité dans son évolution dynamique à partir de sa naissance et comment les mobiles vrais ou probables devraient être partie intégrante du fil de la vie ⁷⁰.

Prévoir l'exécution de la menace n'est pas toujours facile. Il est des cas de délits et même de crimes commis par des personnes que l'on n'en aurait jamais crues capables ⁷¹. C'est pour cela et pour la raison qu'il s'agit d'une mesure patrimoniale, dont les effets ne se feront sentir que si le pronostic du juge se confirme par la suite, ⁷² qu'une probabilité sérieuse, sans être particulièrement élevée, nous semble suffisante ⁷³.

2. L'art. 58 concerne la confiscation des objets qui ont servi à commettre une infraction ou qui en sont le produit comme de ceux qui devaient servir à commettre une infraction, dans le cas où ils compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public.

Cette formulation paraît *prima facie* ne concerner que la redoutabilité des objets eux-mêmes. Cependant, il existe certains objets qui pourraient être ou ne pas être dangereux, suivant la personne entre les mains de laquelle ils se trouvent. Ainsi une arme ou un médicament à effet abortif peuvent-ils être dangereux s'ils sont en possession d'une personne en qui on ne peut pas avoir confiance ⁷⁴.

⁷⁰ V. *supra*, pp. 133 s.

⁷¹ V., à ce sujet, le cas cité à la p. 56 du présent travail.

⁷² Cette mesure ne pourrait être convertie en détention, de deux mois au maximum, que si « le menaçant » est de mauvaise foi (ch. 2 de l'art. 57).

⁷³ V. Ph. GRAVEN, *Le cautionnement préventif*, 1963, p. 136. Cette probabilité n'est pas nécessaire dans la menace prévue à l'art. 180. — V. les différences existant entre l'art. 57 et l'art. 180 in SCHWANDER, *op. cit.*, p. 276.

⁷⁴ SCHWANDER est également de cet avis, *op. cit.*, p. 278, et ATF, 1943 IV 31 s. Sur la confiscation et la destruction d'objets obscènes, cf. ATF 89 IV 138 ; JdT 1972 IV 55.

Pour la constatation de cette redoutabilité, il faudrait prendre en considération la personnalité entière du détenteur et les mobiles probables qu'il aurait pu avoir pour user de ces objets contre la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public. Les mobiles sont « probables » s'ils s'harmonisent avec cette personnalité et surtout avec les tendances, les pulsions, les passions et les sentiments qui sont les siens à ce moment-là.

3. L'art. 60 (allocation au lésé des biens que l'Etat a acquis sous forme d'amende, de cautionnement préventif, de confiscation ou de dévolution) présuppose un danger spécial, celui que le délinquant ne répare pas le dommage qu'il a causé à la victime par son crime ou son délit.

Cette prévision repose non seulement sur les moyens financiers du délinquant, mais aussi sur sa personnalité (le degré de conscience de son obligation, son repentir, etc.).

Les mobiles du délit étant un des indices qui éclairent la personnalité globale du délinquant pourraient être utiles aussi dans cette prévision. Plus ils indiquent un caractère vil et non consciencieux, plus la probabilité de voir le délinquant ne pas réparer le dommage causé à la victime peut être grande.

CHAPITRE III

LES MOBILES DANS LE SURSIS ET DANS LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE

A) LES MOBILES ET LE SURSIS.

1. L'art. 41 du CPS — dans sa teneur de 1971 comme dans sa teneur antérieure — soumet l'octroi du sursis à plusieurs conditions objectives et à une seule condition subjective. Les conditions objectives, selon la loi de 1971, sont les suivantes : que le délinquant soit condamné à une peine privative de liberté n'excédant pas dix-huit mois ; qu'il n'ait pas subi une peine de réclusion ou d'emprisonnement d'une durée de plus de trois mois, en raison d'un crime ou d'un délit intentionnel, dans les cinq ans qui ont précédé la commission de l'infraction ; qu'il ait réparé, autant qu'on pouvait l'attendre de lui, le dommage fixé judiciairement ou par accord avec le lésé.

La condition subjective, qui n'a pas été changée par la loi de 1971, consiste dans le fait que « les antécédents et le caractère du condamné font prévoir que cette mesure le détournera de commettre d'autres crimes ou délits ». Cette prévision consiste donc à évaluer la redoutabilité du condamné.

Cela signifie que le juge doit se demander si l'aventure que représentent un procès pénal et une condamnation, qui n'est pas exécutée mais qui, en cas de récidive, sera exécutée conjointement avec une nouvelle condamnation, est propre à retenir le condamné d'un nouvel acte délictueux, c'est-à-dire à lui enlever la redoutabilité. La réponse affirmative aura comme conséquence l'octroi du sursis, cependant que la réponse négative aura comme conséquence le refus de celui-ci. C'est-à-dire que, contrairement à ce qui se passe pour l'application des mesures de sûreté, le juge doit constater *qu'il n'existe pas de probabilité de réitération* après la condamnation et la suspension de la peine.

Toutefois, on ne doit pas juger avec sévérité cette probabilité négative de réitération ; autrement dit, il n'est pas nécessaire que la probabilité d'empêcher la récidive, par la suspension de l'exécution, soit très élevée. Il faut noter que, au point de vue de la politique anticriminelle, le sursis comme substitut de la peine est considéré dans tous les pays où il a été appliqué comme une réussite et que, au contraire, les peines privatives de liberté — dont l'opportunité dans nombre de cas est actuellement remise en cause — sont considérées aujourd'hui comme inadéquates pour combattre la récidive, surtout lorsqu'elles sont appliquées aux délinquants primaires¹.

Le juge est tenu par la loi d'exposer les raisons concrètes de son pronostic favorable ou défavorable².

Quant aux critères de ce pronostic, ils sont mentionnés par l'art. 41 ; ce sont les antécédents et le caractère de l'auteur.

Nous avons déjà dit que, pour le diagnostic du caractère, les mobiles les plus profonds et le mécanisme de leur genèse sont des indices précieux. Nous nous sommes longuement étendue sur le fait que plus les mobiles s'harmonisent avec la personnalité globale de l'auteur — telle qu'elle a évolué depuis sa naissance — plus ils démontrent une disposition au crime et plus ils sont de ce fait défavorables à la prévision requise par la loi pour l'octroi du sursis. Il va de soi que plus le délinquant aura succombé facilement au mobile, sans lutte psychique, sans hésitation, plus il est probable qu'il suc-

¹ V. sur ce sujet, SCHULTZ, *Le sursis en droit suisse*, in RSC 1965, p. 815 (l'auteur y expose les résultats statistiques favorables du sursis en Suisse) ; GERMANN, *Zum bedingten Strafvollzug nach schweiz. Recht*, in Etudes en l'honneur de J. Graven, 1969, pp. 57 ss. ; Ph. GRAVEN cite aussi des statistiques suisses intéressantes dans *Quelques considérations sur le sursis*, in R. Int. Cr. P. T., 1970, p. 12, ainsi que dans *La réforme pén. européenne*, loc. cit., p. 234. En 1969, le sursis fut accordé en Suisse dans 67 % des condamnations n'excédant pas six mois. Les résultats du sursis sont favorables dans près de 80 % des cas. Ce même auteur considère que le sursis est « le seul moyen de réaction contre le crime qui n'ait pas déçu les espoirs mis en lui » (*Quelques considérations...*, loc. cit., p. 28). — SCHULTZ, *Strafvollzug nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1971*, in RPS 1973, p. 52, mentionne les données statistiques de 1970 (le sursis fut accordé au 64,8 % des peines privatives de liberté). GRÜNHUT examine le sursis dans plusieurs pays, v., de cet auteur, *Practical results and financial aspects of adult probation in selected countries*, 1954. Les résultats favorables du sursis ont fait que les réformes pénales actuelles (parmi lesquelles celles de la Suisse de 1971) étendent son application en en modifiant les conditions objectives (durée de la condamnation, peines précédentes), v. Ph. GRAVEN, *La réforme pénale européenne*, pp. 236-237. — Jean GRAVEN milite depuis longtemps pour l'introduction de plusieurs formes de sursis, notamment la « probation » *stricto sensu* (anglo-saxone) : *Le sens du sursis conditionnel et son développement*, in RPS 1954, pp. 261 ss.

² V. art. 41, ch. 2, in fine.

combera de nouveau dans l'avenir. Au contraire, plus les mobiles auront été le résultat de facteurs extérieurs pressants et plus l'auteur aura réagi jusqu'au moment où ceux-ci auront pris le dessus, moins il y aura de probabilité de réitération³.

Mais la qualité des mobiles est également un indice du caractère de l'auteur. Plus ils sont antisociaux, plus ils indiquent une personnalité dangereuse à l'égoïsme hypertrophique et moins il est probable que la condamnation simple suffira. En revanche, moins ils indiquent une personnalité aux sentiments antisociaux, plus la prévision devrait être favorable.

Les mobiles ne sont pas les seuls indices du caractère de l'auteur. Son comportement après le délit, par exemple, et notamment son repentir sincère⁴, son degré de sensibilité au blâme de la société, la conscience qu'il a de ses devoirs envers sa famille, tout cela forme un ensemble d'indices précieux pour la connaissance de son caractère.

Les antécédents mêmes — le second critère pour la prévision requise par l'art. 41 — constituent aussi un indice important du caractère de l'auteur, surtout s'ils sont examinés non seulement de façon autonome, mais encore situés dans l'évolution dynamique de la personnalité tout entière.

2. Notre interprétation de l'art. 41 n'est cependant pas conforme à l'interprétation qu'en donne la jurisprudence, et ce sur plusieurs points.

Il nous semble que cette jurisprudence a mal évolué, en ce sens qu'elle a modifié plusieurs points corrects qu'elle acceptait auparavant, pour suivre une direction erronée.

En effet, l'arrêt Tornare du TF (RO 1942 IV 74 ss.) avait bien éclairci la nature même du sursis : il s'agit là d'un substitut de la peine, et non pas d'une grâce ou d'une faveur du juge, « ... qui répond « à une idée de prévention spéciale : la peine est conditionnellement « remise lorsqu'on a sujet d'espérer que cette mesure aura une meilleure influence sur l'amendement du coupable que l'exécution de la « condamnation, lorsque, en particulier, « les antécédents et le caractère du condamné font prévoir que le sursis le détournera de com-

³ V. sur tous ces aspects des mobiles, *supra*, pp. 48 et 122 ss.

⁴ Sur le repentir sincère, v. JdT 1971 IV 85 (86) : « celui qui ne consent à faire un effort particulier que sous la menace d'une procédure pendante, ne manifeste pas ainsi un repentir sincère. Il agit *par intérêt* et ne mérite dès lors aucune indulgence particulière. » Cet arrêt est intéressant pour notre sujet, puisqu'il recourt au mobile comme indice du « repentir sincère ».

« mettre de nouveaux crimes ou délits » (art. 41 ch. 1 al. 2). Certes, « la loi statue-t-elle en outre certaines conditions objectives... Mais « ces conditions objectives une fois remplies, le sursis ne saurait être « refusé s'il doit, in casu, atteindre le but visé par la loi » (prévention spéciale).

Quel est donc le sens du verbe « pourra » (« le juge pourra suspendre l'exécution de la peine »), employé dans l'al. 1 du ch. 1 de l'art. 41 ? Le même arrêt répond à cette question : « Si le juge ne « peut aller jusqu'à modifier le cadre légal du sursis... il jouit en « revanche de la plus grande liberté dans l'appréciation des circons-
« tances personnelles à l'inculpé,... et avant tout... — si ce n'est « exclusivement — des perspectives d'amendement qu'ouvrent les « antécédents et le caractère du condamné... Le juge de répression est, « à cet égard, le maître du sursis, non pas qu'il statue uniquement « en fait, mais en ce que sa décision sur un point de droit — l'octroi « ou le refus du sursis — dépend étroitement d'un jugement de fait « où il est souverain. Son pouvoir d'appréciation n'est limité que par « la défense de l'arbitraire et par l'observation des principes qui sont « à la base de l'institution du sursis. » (p. 77)

Comme la prévention spéciale est à la base de cette institution, le même arrêt a expressément considéré qu'il ne serait pas fondé que le juge exclût le sursis *uniquement* pour des raisons de prévention générale, puisque c'est la loi qui en a tenu compte elle-même en fixant les conditions du sursis (cons. 3, p. 76). Et d'autres arrêts ajoutent à « uniquement » ces mots : « ou même *seulement d'une façon prépondérante* »⁵.

Mais cet arrêt remarquable a encore expliqué ce que l'on entend par « les antécédents et le caractère du condamné » comme critères pour la constatation des perspectives d'amendement du condamné : « Le juge peut fonder son pronostic, quant à l'efficacité du sursis, « non seulement sur la conduite antérieure du délinquant, mais sur « *la nature des mobiles qui l'ont déterminé*, sur les particularités de « l'infraction elle-même, sur la connaissance personnelle du prévenu « que lui procurent les débats » (cons. 3, p. 77). Cela signifie que tous ces éléments sont *des indices pour constater le caractère du condamné* et, de ce fait, la probabilité de son amendement.

Or, en 1947, le TF prononça deux arrêts, qui amorcèrent un revirement dans sa jurisprudence : ce sont l'arrêt Schidlin (JdT 1947 IV, pp. 67 ss.) et l'arrêt Panchaud (JdT 1947 pp. 104 ss.).

⁵ V. JdT 1944 IV 69 ss., JdT 1943 IV 19, JdT 1943 IV 20.

Avant tout, ces deux arrêts traitent le sursis de « faveur », ce qui constitue une régression quant à la conception que l'on a de la nature de ce substitut de la peine. En effet, ce n'était qu'aux débuts de l'apparition de cette institution qu'on la considérait comme une faveur ; mais cette opinion a changé depuis quelques décennies. De cette considération fondamentale et erronée ne sauraient découler que des conséquences également erronées.

En effet, sur la question de savoir si, lorsque les conditions de l'art. 41 ch. 1 sont réunies, le juge est tenu de suspendre la peine, la Cour de Cassation du TF statue qu'« il est encore au pouvoir du juge de refuser le sursis ». Quant à la question de savoir quels sont les éléments qui pourraient permettre au juge de refuser le sursis malgré l'existence des conditions de l'art. 41, ces deux arrêts les déterminent en détachant de la notion de caractère tous les éléments que l'arrêt Tornare y rattachait expressément et que nous avons cités plus haut. Or il s'agit là d'une autre erreur, comme on peut facilement le constater à la lumière de l'analyse notionnelle du caractère et des mobiles que nous avons faite dans la première partie du présent travail : les mobiles, notion bien distincte de celle de caractère, sont cependant un indice important pour la connaissance de celui-ci. Les circonstances, l'attitude ultérieure du délinquant ne sont, elles aussi, que des indices du caractère qui, pour être décelé, doit être examiné dans le cadre de l'évolution entière de la personnalité. Si donc ces éléments sont notionnellement distincts du caractère, ils ne peuvent toutefois pas être examinés sans référence à celui-ci : ils ne peuvent que servir d'indices pour la compréhension et le décellement de ce caractère. Il serait donc psychologiquement absurde de dire, par exemple, que bien que le caractère du condamné montre que le sursis est indiqué pour son amendement, les mobiles indiquent le contraire ; ou que, bien que son caractère n'indique pas que le sursis soit adéquat pour son amendement, les mobiles indiquent le contraire ; ou que, bien que son caractère n'indique pas que le sursis soit adéquat pour son amendement, son attitude après le crime indique le contraire. Le caractère étant l'ensemble de l'attitude affective d'un individu, de laquelle découle toute son activité, ne saurait être décelé que si l'on tient compte de toute son activité et des motivations de celle-ci. Le caractère est l'empreinte que la personne laisse à l'ensemble de ses activités, autrement dit le portrait que l'on fait de l'agent en examinant l'ensemble de ses actes. Par conséquent, notre jugement relatif au caractère d'un certain individu, et notamment à la question de savoir s'il est amendable ou non par le sursis, ne peut être formé

que lorsqu'on a pris en considération tous les éléments en question (mobiles, attitude ultérieure du délinquant, etc.). Même les antécédents, mentionnés séparément dans l'art. 41 ch. 1 al. 1, servent, au fond, à ce jugement.

Puisque, selon ce qui précède, il est erroné de détacher ces éléments pour les ériger en éléments autonomes, on doit considérer comme également erroné le syllogisme reposant sur ce détachement, à savoir le syllogisme selon lequel dans le cas où « *de telles raisons* (autonomes) peuvent être invoquées pour refuser le sursis, il n'est pas défendu au juge de s'inspirer, à titre accessoire, de considérations tirées de l'effet préventif *général*... »

C'est par le truchement de ce syllogisme que la prévention générale s'introduisit depuis lors dans une proportion toujours plus importante dans la jurisprudence relative au sursis. La consécration de ce fait fut facilitée par l'idée de « mérite », introduite également par les mêmes arrêts. En effet l'arrêt Panchaud dit que « le sursis doit être accordé à celui que la seule mise en garde constituée par une peine avec sursis est capable d'amender *et qui mérite personnellement cette faveur* ». Mais, selon l'art. 41, la seule façon de mériter le sursis est d'être amendable par le sursis, tout le reste est hors de la loi. Il s'agit là de la conséquence de l'erreur précitée, ainsi que d'une autre conception fautive encore, mentionnée plus haut, celle qui fait du sursis une grâce, une faveur ⁶.

C'est ainsi qu'on en est arrivé à une jurisprudence développée à propos de délits de circulation commis par des automobilistes, qui admet que lorsque « le comportement (du conducteur) est la manifestation d'un tel manque de scrupules ⁷ que le recourant (conducteur) *ne mérite pas* d'être mis au bénéfice du sursis » (JdT 1948, p. 164)... « *il n'y a pas lieu de rechercher* si les antécédents et le caractère du « condamné, tels qu'ils résultent soit de la peine infligée précédemment, soit de l'attitude du recourant dans le procès... soit du fait « d'avoir conduit en état d'ébriété, ne font pas prévoir que l'octroi du « sursis le détournerait de commettre de nouveaux crimes ou délits » ; ce qui signifie que les juges examinent un élément non requis par la loi (soit le fait de savoir si l'accusé mérite la faveur du sursis), cependant qu'ils se dispensent de prendre en considération des éléments

⁶ V. sur ce point une critique justifiée de R.P., in JdT IV p. 71. Nous ne sommes en revanche pas d'accord avec la critique que fait le même auteur du détachement des mobiles etc. de la notion de caractère. Sa critique favorable sur ce point n'est due qu'à des conceptions peu claires à propos de la relation existant entre ces notions.

⁷ Il s'agit là du fait objectif d'avoir bu de l'alcool plus qu'il ne convient.

expressément requis par la loi. Par ces syllogismes acrobatiques, la jurisprudence, s'inspirant en réalité et *principalement* de considérations de prévention générale, essaie de les faire passer pour des considérations de prévention spéciale⁸.

Néanmoins, un arrêt tout récent du TF paraît amorcer un nouveau revirement⁹. A propos d'un cas de transgression de la loi de la circulation par un automobiliste de Zurich, le TF a statué que, pour accorder le sursis, le juge doit se fonder « en première ligne sur des considérations de prévention spéciale ». Il ne faut donc pas, se fondant sur des considérations de prévention générale, exclure pratiquement au préalable la libération conditionnelle pour tout conducteur en état d'ébriété. Ce même arrêt souligne qu'il ne faut pas prêter trop d'attention à certaines conditions, dont on doit tenir compte pour accorder le sursis, et en négliger d'autres ou ne pas du tout les prendre en considération « ... par exemple tenir compte uniquement des circonstances (objectives) de l'acte. »

Cet arrêt appelle, nous semble-t-il, la remarque suivante : bien qu'il constitue une amélioration indéniable de la jurisprudence relative à notre sujet, il s'est cependant abstenu d'énoncer nettement la condition légale pour l'octroi du sursis, à savoir que la condamnation à exécution suspendue est propre à retenir l'accusé concret de commettre d'autres actes délictueux. Les éléments mentionnés par la loi ne peuvent pas être considérés comme s'opposant (par exemple, objectifs-sujectifs), mais comme des éléments dont la synthèse permet de constater l'existence de ladite condition, que la loi requiert pour l'octroi du sursis.

3. Selon le chiffre 2 de l'art. 41, le juge pourra soumettre à un patronage le condamné auquel le sursis est accordé. Il pourra lui prescrire aussi des règles de conduite.

C'est le résultat de l'examen de la personnalité tout entière du condamné qui suggérera l'imposition ou non de ces règles pour l'octroi du sursis. S'il ne paraît pas nécessaire que la peine privative de liberté soit exécutée, mais qu'il existe toutefois une certaine redoutabilité, qui sera probablement neutralisée par l'imposition du patro-

⁸ V. dans ce sens la critique de HEIM in JdT 1962 IV 39. Afin de suivre l'évolution de la jurisprudence relative au sursis, v. (parmi plusieurs arrêts) outre les arrêts cités dans le texte, JdT 1944 IV 69 ss., BJP 1945 n° 84, JdT 1949 IV 56, JdT 1962 IV 39, JdT 1965 IV 100.

⁹ ATF 98 IV 159 ss.

nage et des règles, le juge alors pourra ordonner ces mesures, qu'il peut même modifier par la suite.

B) LES MOBILES ET LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE.

1. L'art. 38, qui prévoit la libération conditionnelle d'un condamné à la réclusion ou à l'emprisonnement, comporte aussi une prévision négative de redoutabilité : il exige, comme condition subjective de l'octroi de la libération conditionnelle, qu'on puisse prévoir que le délinquant se comportera bien en liberté.

La libération conditionnelle est considérée comme le troisième degré (ou, après la modification de 1971, le quatrième) du système pénitentiaire progressif que le CPS a adopté. Par conséquent, pour son application, il n'est pas requis un très haut degré de probabilité ¹⁰.

Les mobiles du délit, et notamment leur mécanisme dans la psychogénèse de l'acte, serviront aussi à cette prévision. Pour ce qui est de leur importance pour l'évaluation de la redoutabilité aux points de vue quantitatif et qualificatif ainsi que de la manière de les déceler, nous renvoyons à la première partie de ce même ouvrage, chapitres III et IV.

Nous ne croyons pas inutile de noter ici que, dans le cas de la libération conditionnelle, il existe, comme indice de la prévision, une période plus ou moins longue et postérieure au délit, celle de la vie du condamné dans l'établissement pénitentiaire même, que l'on aura pu suivre de près. Si sa conduite est correctement interprétée dans le cadre de l'évolution dynamique de sa personnalité globale, elle peut constituer un indice extrêmement important quant à l'attitude du délinquant dans l'avenir, au point que les indices antérieurs à cette période, tels les mobiles, deviennent secondaires ¹¹. Nous soulignons toutefois qu'interpréter d'une façon correcte la conduite du détenu n'est pas chose facile. Son indocilité est parfois un élément

¹⁰ SCHWANDER, *op. cit.*, p. 175, écrit qu'un certain risque de récidive existe dans la majorité des cas. Sont du même avis : THORMANN et OVERBECK, n° 7 sur l'art. 38 ; LOGOZ n° 42 bb, sur l'art. 38. L'ATF 98 I 106 dit qu'un risque de récidive est inhérent à toute libération, conditionnelle ou non, et ajoute : « C'est pourquoi l'autorité qui n'accepte de libérer conditionnellement un détenu que si elle est convaincue qu'il se conduira bien en liberté, exige trop. »

¹¹ V. l'ATF cité dans la note précédente : « Le mobile pernicieux de l'acte n'exclut pas la possibilité qu'il (le condamné) ait pris conscience de la gravité de ses actes. » C'est donc cette prise de conscience qui est l'essentiel et non le mobile.

favorable pour le pronostic de la réadaptation sociale¹², et « le bon comportement » dans l'établissement n'est, en réalité, qu'un indice fragile pour le bon comportement après la libération. En effet, les récidivistes sont le plus souvent des individus au caractère faible. Ils peuvent obéir plus ou moins facilement aux règlements pénitentiaires, mais, une fois libres, ils succombent de nouveau à la tentation¹³. C'est pourquoi les mobiles profonds du délit sont toujours utiles pour l'octroi de la libération conditionnelle, surtout si on les met en rapport avec les causes psychiques de l'obéissance et du bon comportement en prison ou, au contraire, de la désobéissance pendant l'emprisonnement.

2. Le nouvel art. 45 prévoit la libération conditionnelle et à l'essai des individus détenus en vertu d'une mesure de sûreté. Il n'exige pas la prévision signalée à l'art. 38 et cela, nous semble-t-il, à cause de la variété des mesures que l'article 45 concerne et du contenu différent qu'a cette prévision dans chaque mesure.

Il est évident que, s'agissant des mesures des art. 43 et 44, la libération à l'essai est implicitement fondée sur la même prévision, c'est-à-dire qu'elle repose sur la constatation, plus ou moins sûre, que le but thérapeutique a été atteint ; s'agissant en revanche des mesures prévues aux art. 42 et 100 *bis*, la prévision serait pareille à celle de l'art. 38.

3. Pour l'influence qu'exercent les mobiles sur la mise sous patronage et sur l'imposition des règles de conduite, prévues facultativement par l'art. 38 (ch. 2 et 3) et par l'art. 45 (ch. 2), nous renvoyons à ce qui a déjà été exposé dans le présent chapitre. Il faut noter que cette imposition vise, dans les cas de l'art. 38, à aider le délinquant à ne pas récidiver en raison d'une rechute dans la maladie mentale, l'alcoolisme ou la toxicomanie (mesures prévues aux art. 43 et 44), ou bien dans l'habitude criminelle, la fainéantise, ou les perturbations caractérielles (mesures des articles 42 et 100 *bis*).

¹² Cf. COLIN, in Actes du 6^e Congrès français de Criminologie, 1966, p. 191.

¹³ V. sur ce sujet Ph. GRAVEN, *Quelques considérations sur le sursis*, loc. cit., p. 22 n. 5 ; GRÊT, *L'individualisation de la peine considérée en tant que problème pratique*, in RPS 1949, p. 57 ; DAVID et GRENER, in Procès-verbaux de la 2^e comm. d'experts, t. I, pp. 195 et 196 ; MORRIS, *Prisoners and their families*, 1965, p. 111 ; RIMERT, *Les sciences criminelles et l'état dangereux*, in R. Int. Cr. P. T., 1954, p. 175 ; SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang*, 1969, p. 214 et références.

CHAPITRE IV

LES MOBILES ET LES CAUSES DE JUSTIFICATION LES MOBILES ET LES CAUSES D'EXCUSE

A) APERÇU THÉORIQUE.

1. Tous les codes pénaux connaissent certaines circonstances dans lesquelles les actes objectivement illicites ne sont plus illicites. Ces conditions-là *enlèvent à l'acte son caractère injuste (ou illicite ou illégal)* ; pour cette raison, l'acte n'est plus punissable (causes de justification, Rechtfertigungsgründe). Ces codes connaissent en outre d'autres circonstances, en vertu desquelles un acte illicite n'est pas non plus considéré comme punissable ; dans ces cas-là cependant, c'est parce que *la culpabilité en est absente* (causes d'excuse, Schuld-ausschlussgründe).

Les conditions comprises dans les deux catégories sont, dans l'ensemble, à peu près les mêmes dans les divers codes et dans la doctrine internationale. Néanmoins, il y a des divergences quant au classement de chaque circonstance dans la première ou la seconde de ces catégories. Ces divergences, de caractère essentiellement théorique, ne sont toutefois pas sans entraîner des conséquences pratiques ¹.

Toutes ces circonstances ont un point commun : c'est qu'il s'agit d'un conflit de biens protégés par la loi où l'individu ne peut pas préserver l'un sans nuire à l'autre.

En règle générale, l'acte n'est pas considéré comme illicite s'il protège le bien le plus important ; l'acte est considéré comme excusable si le bien sacrifié est de valeur égale à celui qui est protégé, et même, parfois, s'il est de valeur inférieure. En d'autres termes, lorsqu'il existe une cause de justification, l'acte n'est plus jugé de façon négative par la loi ; en revanche, lorsqu'il s'agit d'une cause d'excuse,

¹ P. ex., on considère que la légitime défense peut intervenir seulement pour parer à un acte illicite ; v. *infra*, ce même chapitre, p. 28. Si donc il s'agit d'une attaque perpétrée dans des circonstances extraordinaires, qui enlèvent l'imputabilité à l'attaquant, la légitime défense est autorisée. Si les mêmes circonstances sont considérées comme levant l'illicéité de l'attaque, la légitime défense alors n'est pas permise.

l'acte continue d'être jugé de façon négative, mais il est quand même toléré par le droit.

Les circonstances qui lèvent la culpabilité se répartissent en causes supprimant totalement ou partiellement la responsabilité ou l'imputabilité, « Zurechnungsfähigkeit », (irresponsabilité, responsabilité restreinte, jeune âge), ou en causes excusant l'attitude de l'agent sans pour autant exclure sa responsabilité. Celui-ci s'est trouvé, dans ces derniers cas, devant un dilemme : la protection d'un bien ou la lésion d'un autre bien de valeur égale au premier. Il s'agit là de *cas d'excuse proprement dits, qui suppriment le caractère blâmable de l'acte* (Vorwerfbarkeit). L'auteur a agi dans des conditions où l'on n'aurait pas pu attendre de lui, comme de tout homme moyen, un comportement différent. Ce sont surtout les cas de l'impossibilité subjective (« subjektives Unvermögen », en allemand², ou « inesigibilità », selon la terminologie italienne).

Il n'est pas toujours facile à tracer la limite entre les causes de justification et les causes d'excuse, et il est des cas qui pourraient être placés dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. La divergence de vues sur le plan théorique a provoqué des différences dans le droit positif des divers pays. Mais il existe des codes qui ne font pas de distinction entre ces catégories et ce ne sont que la doctrine et la jurisprudence qui en font^{2 a}.

2. La doctrine pénale s'est efforcée de formuler une théorie générale expliquant toutes les causes de justification. Le point sur lequel tous les pénalistes sont plus ou moins d'accord est le suivant : les règles du droit servent à la protection des biens ; mais il est des cas exceptionnels où le titulaire du bien juridique renonce à cette protection, ou alors des cas où un bien légitime moins important devrait être sacrifié pour la protection d'un bien plus important. Dans ces cas-là, *il n'y a plus d'intérêt social* pour la protection de ce bien lésé et, par conséquent, la règle assurant cette protection n'est plus applicable.

² Cette notion est plus large que celle de la notion apparentée de « Nicht-zumutbarkeit » ou « Unzumutbarkeit », qui, dans la doctrine allemande, n'est admise (selon l'opinion dominante aujourd'hui) que dans les cas où elle est spécialement prévue par le C.P. All. ; on fait aussi entrer dans ces cas le conflit de devoirs. MAURACH, A.T., pp. 386 ss. ; MEZGER-BLEI, A.T., pp. 234 s. et 226 s. ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 51, Vorbem. 91.

^{2 a} Tel est le cas, p. ex., du C.P. Fr. (art. 64). Néanmoins la doctrine distingue d'une part les faits justificatifs, d'autre part les causes de non-imputabilité (mais nombre de pénalistes français considèrent que tous ces cas lèvent la responsabilité). V. STÉFANI-LÉVASSEUR, *op. cit.*, pp. 134 ss. et 261 ss. ; BOUZAT, *Traité*, I, pp. 320 ss. ; DECOCQ, *Dr. pén. général*, pp. 295 ss.

Pour le CPS, v. *infra* exposé détaillé.

Toutefois, lorsqu'on a essayé d'approfondir la question, de préciser les cas dans lesquels intervient le principe susmentionné et aussi de préciser le critère commun nécessaire à établir tous les cas qui excluraient l'illicéité, des divergences sérieuses sont apparues. Dans cet effort, les théories monistes professées par certains pénalistes n'ont pu obtenir l'approbation plus ou moins générale³. Toutefois, celle qui a eu le plus grand retentissement est la théorie de « Güterabwägung » ou « Wertabwägung » (théorie de pondération des biens ou des valeurs), termes pris dans une acception très large, soit le respect du bien qui, dans le cadre de l'ordre juridique général, est reconnu comme ayant le pas sur un autre bien⁴.

D'autres pénalistes admettent plusieurs critères de justification, afin de comprendre tous les faits justificatifs qu'ils ont classés en groupes⁵.

En embrassant d'un regard général tous les cas de justification, on peut faire, nous semble-t-il, deux remarques : 1° tous les faits justificatifs ont un noyau commun, à savoir que l'acte cesse d'être injuste si, au vu de certaines circonstances, il n'est plus considéré comme nuisible au point de vue de la promotion de la vie en société ; 2° ces circonstances qui lèvent l'antisocialité ne sont pas uniquement objectives ; des circonstances subjectives sont également nécessaires.

Pour notre sujet, c'est cette dernière remarque qui mérite une étude plus approfondie, d'autant plus qu'elle est très controversée.

³ Il faudrait noter la « Zwecktheorie », théorie de Eb. Schmidt (LISZT-SCHMIDT, *op. cit.*, p. 187), inspirée de Dohna, selon laquelle un acte conforme au type (extérieur) du délit n'est pas injuste quand il apparaît comme le moyen adéquat pour la réalisation de la vie sociale organisée par l'Etat. Ce principe, un peu trop vague, prit par la suite un contenu nettement objectif (v. LISZT-SCHMIDT, pp. 198, 207 et MAURACH, A.T., p. 302).

⁴ V. SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand*, in *English-Festschrift*, p. 450. V. également NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung*, in RPS 1964, pp. 165 et 195 ; du même auteur, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit, Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in ZStW. 1965, pp. 1 ss.

⁵ MEZGER-BLEI, p. ex., *op. cit.*, pp. 122 s., recourent à un double critère, celui de l'absence d'illicéité (« Prinzip des mangelnden Unrechts ») qui intervient dans les cas de consentement de la victime, et celui du droit le plus important (« des überwiegenden Rechts ») qui s'applique dans tous les autres cas. — STRATENWERTH use aussi d'un double critère dans *Über Prinzipien der Rechtfertigung*, in ZStW., 68, 1956, pp. 292 ss. (« Güterabwägung », pour les droits concernant la communauté, « Autonomie des Einzelnen » dans les autres cas) ; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, A.T., p. 231, distingue les causes de justification inspirées par des fins supraindividuelles (« aus überindividuelle Zweckhaftigkeit »), tels les actes des organes étatiques ou les actes de guerre exécutés conformément aux règles du droit international, et les causes de justification inspirées par des fins individuelles (« aus individueller Zweckverfolgung »), chacune de ces catégories reposant sur des fondements différents.

3. De nos jours, l'opinion selon laquelle toutes les causes de justification doivent contenir certains éléments subjectifs, c'est-à-dire l'opinion qui veut que les causes de justification ne puissent pas être exclusivement objectives, gagne sans cesse du terrain.

Bien entendu, l'admission ou la non-admission de cette opinion dépend de la conception que l'on se fait de l'illicéité. La question de savoir si, dans les causes de justification, il existe un certain élément psychique propre à chacune d'elles, et peut-être aussi un élément psychique commun à toutes, se rattache à la question de savoir si l'illicéité est une notion purement objective, ou objective et subjective à la fois. Si l'on admet que l'illicéité est en même temps subjective, il s'ensuit alors de cela que l'existence d'un élément subjectif, contraire à celui qui existe ordinairement dans l'acte illicite, peut lever le caractère illicite de l'acte. Si l'on admet donc que l'illicéité comporte aussi une attitude psychique de l'agent, attitude immorale et antisociale, il s'ensuit que l'absence de cette attitude ou, plus encore, une attitude psychique contraire (c'est-à-dire morale et sociale) supprime le caractère injuste de l'acte.

Dans la science pénale d'aujourd'hui, prévaut l'opinion selon laquelle l'illicéité n'est pas une notion purement objective. En Italie, elle tire son origine de la bipartition traditionnelle du délit. En Allemagne, elle est beaucoup plus récente et est née sous l'influence des théories des « subjektive Unrechtselemente » et de la « finale Handlungslehre »⁶. En Suisse, elle est de nos jours fortement soutenue. Waiblinger écrit sans ambages qu'on « ne peut pas nier qu'il y ait aussi des éléments subjectifs de l'injustice ». Il est dès lors indispensable, pour que l'acte soit licite, comme le soutient également Noll, que l'auteur agisse avec un dessein conforme à la légalité⁷.

Néanmoins, même parmi les pénalistes qui admettent l'existence d'éléments subjectifs dans l'illicéité, nombreux sont ceux qui hésitent à admettre que toutes les causes de justification doivent comporter un élément subjectif, c'est-à-dire une attitude psychique qui ne soit pas antisociale, attitude qui a un contenu spécial dans chaque cause de justification⁸. En effet, la question de savoir si le côté subjectif est

⁶ V. sur ces deux théories, ainsi que sur la doctrine italienne, *supra*, p. 105 et *infra*, pp. 256 s.

⁷ V. WAIBLINGER, *Actes licites*, FJS 1204, pp. 2 s. ; NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, Crim. Stud. 10, p. 51.

⁸ Sur ce sujet, consulter entre autres ouvrages, STRATENWERTH, *Prinzipien der Rechtfertigung*, in ZStW. 68, pp. 41 ss. SCHELLER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 1954 (surtout pp. 120 ss.) ; RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in Frankfestgabe, t. I, pp. 167 s. ; SEVERAC,

indispensable dans les causes de justification est rarement posée de façon générale (comme elle l'est par Noll et Waiblinger), si ce n'est presque exclusivement par les adeptes de la conception finaliste de l'acte (« finale Handlungslehre »)⁹. Le plus souvent, on ne fait qu'examiner l'existence du côté subjectif dans chaque cause de justification séparément. Et ce sont presque exclusivement les adeptes de la théorie finaliste de l'acte qui répondent affirmativement dans tous les cas.

En revanche, il nous semblerait naturel que les pénalistes, qui se contentent du résultat matériel pour juger du caractère juste ou injuste d'un acte, ne prissent pas en considération le but que l'auteur se proposait d'atteindre par son comportement. Néanmoins, nous soulignons le fait qu'il n'existe aucune cause justificative dans laquelle l'un ou l'autre pénaliste — qui ne soit pas adepte de la théorie finaliste — n'ait retrouvé d'éléments subjectifs justificatifs¹⁰. Ce qui, à notre avis, ne peut signifier qu'une chose : nonobstant une acception objectiviste de l'illicéité, lorsqu'on approfondit le sens de chaque cause justificative, on peut dévoiler un côté subjectif. C'est la même signification que devrait avoir, nous semble-t-il, le fait que le nombre des causes justificatives, dans lesquelles l'opinion *dominante* admet l'existence d'éléments subjectifs, ne cesse d'augmenter¹¹.

Quant au contenu de ce côté subjectif, on peut constater qu'il comporte toujours la connaissance des conditions objectives propres à chaque cause justificative. Ce qui signifie que l'auteur a agi avec une attitude psychique correspondant aux circonstances objectives, les-

Essai d'une théorie générale du fait justificatif, Toulouse, 1953 ; TROUSSE, *Le mobile justificatif*, in R. Dr. P. Cr., 1962-1963, pp. 418 ss. ; PETROCELLI, *L'anti-giuridicità*, 1947 ; ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, 1940, pp. 136 ss. ; Chr. DÉDÈS, *L'illicéité et les évolutions scientifiques modernes* (en grec), Ann. Pén., 1956, pp. 358 ss. — Nous soulignons qu'en Italie, malgré l'opinion dominante relativement à l'illicéité, il n'existe pas, de *lege lata*, de problème d'éléments subjectifs dans les faits justificatifs, et ce en raison de l'art. 59 du C.P. Italien : « le circostanze che ... escludono la pena sono valutate ... a favore dell' agente, anche se da lui non conosciute o per errore ritenute inesistenti. »

⁹ V. STRATENWERTH, *Strafrecht*, I, p. 143 et LENCKNER, *Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung*, in H. Mayer - Festschrift, 1966, pp. 165 ss. ; WELZEL, *op. cit.*, pp. 83 s. ; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, p. 17 ; BLANKE, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente*, Bonn, 1960 ; MAURACH, A.T., pp. 301 ss.

¹⁰ V. BAUMANN, *Strafrecht*, A.T., 1968, p. 283. — Toutefois, BAUMANN lui-même répond d'une façon différente, dans les diverses causes de justification, à la question de l'existence d'éléments subjectifs. — SCHMIDHÄUSER, lui, ne voit d'éléments psychiques que dans les causes de justification qui visent à des buts de caractère individuel et non pas dans celles qui visent à des intérêts généraux ou étatiques (*Strafrecht*, pp. 233 et 242).

¹¹ V. dans ce sens l'intéressante jurisprudence des RG et BGH allemands, dans MAURACH, A.T., p. 303.

quelles font de son comportement un comportement juste (licite, légal)¹².

Dans la majorité des cas, il faut que l'agent donne à sa volonté une direction telle qu'elle neutralise le côté subjectif du délit, c'est-à-dire qu'elle neutralise le contenu du dol et des éléments subjectifs constitutifs de certains délits¹³. Le contenu concret de ce côté subjectif varie dans chaque cause de justification. Mais une chose nous paraît sûre, c'est que, indépendamment de la question de savoir si la connaissance simple des conditions objectives justificatives suffit, ou si une direction déterminée de la volonté est indispensable — le trait commun caractéristique de toutes les causes justificatives est le fait que l'agent a agi avec un mobile non antisocial, bien que celui-ci diffère dans chaque cas justificatif. Et c'est précisément ce mobile privé de caractère antisocial qui fait de l'acte, en combinaison avec les faits objectifs y relatifs, un acte non antisocial, donc non injuste¹⁴.

4. Parmi les causes justificatives, celles qui mettent plus spécialement en évidence le rôle indispensable que joue le mobile ou le but — mobile et but qui, dans ce cas, coïncident partiellement, puisqu'il s'agit d'un mobile conscient — sont les cas où les mêmes faits objectifs changent de couleur, au point de vue de la justice et de la

¹² V. NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz.*, loc. cit., pp. 171 ss.

¹³ V. STRATENWERTH, *Strafrecht*, I, p. 144.

¹⁴ Il est vrai que les auteurs parlent le plus souvent de volonté et non de mobile (v., p. ex., MAURACH, A.T., p. 303) et que quelques-uns même excluent l'influence du mobile dans la justification, sans exclure cependant, dans certains cas, la fin (« Zweck ») de l'agent (v. STRATENWERTH, *Strafrecht*, pp. 144 s.). Néanmoins, tous les actes humains ont des mobiles, et la volonté n'est que le résultat de mobiles. Une volonté non antisociale ne pourrait donc être que l'aboutissement de mobiles non antisociaux. Cela est d'ailleurs conséquent à l'opinion que nous avons admise dans la prem. p., relativement à l'influence qu'exerce la qualité des mobiles sur la qualité du dol (lequel n'est que volonté et connaissance). En outre, les mobiles recouvrent aussi ceux des cas de justification dans lesquels (selon STRATENWERTH, précisément) la présence d'une certaine volonté directe n'est pas requise, et ce n'est que la connaissance des faits matériels justificatifs qui est considérée comme indispensable. En effet, agir en ayant en vue les faits matériels non antisociaux (justificatifs) — ce qui fait naître un mobile correspondant — signifie qu'au moins l'un des mobiles du faisceau de mobiles n'est pas antisocial. Nous pensons que l'avis contraire s'explique par le sens que donne cet auteur à la notion de mobile. Si l'on considère, d'une part qu'il y a toujours plusieurs mobiles qui interviennent dans un acte humain volontaire de quelque importance, d'autre part, que sur le caractère social ou antisocial des mobiles influent les autres circonstances du délit — opinions que nous avons déjà développées dans la première partie de ce travail — rien n'empêche, nous semble-t-il, d'admettre l'opinion que nous préconisons ci-dessus. Nous notons que le RG a, par plusieurs de ses arrêts (p. ex. 61, 401 et 66, 3) considéré les mobiles (« Motive ») comme un élément justifiant l'acte.

moralité, en raison seulement des mobiles de l'agent. Tel est le cas des mesures disciplinaires prises par des parents ou des instituteurs, mesures qui, si le mobile n'est pas de bien éduquer l'enfant, seraient des actes injustes. On constate bien mieux le rôle du mobile lorsqu'on a affaire à des lésions corporelles, des suites desquelles un homme est mort ; l'agent pourrait avoir, par exemple, comme mobile soit la vengeance, soit le désir de guérir le malade (opération chirurgicale manquée), soit enfin le désir de faire une expérience scientifique. Ce n'est que le mobile thérapeutique (et le but correspondant à celui-ci) qui peut justifier cet acte ¹⁵.

5. Nous notons que les conséquences de l'opinion que nous avons admise, selon laquelle, dans chaque cause de justification, il doit toujours exister certaines circonstances objectives et subjectives, sont très importantes. En effet :

1. Dans le cas où l'agent agit objectivement de façon telle que le résultat ne fut pas antisocial, mais cela par hasard et en l'absence d'une attitude psychique sociale correspondant à ce résultat, son acte n'est pas justifié ¹⁶.

Exemple : Un chasseur, A, aperçoit B, qu'il considère comme son ennemi, de loin dans la forêt ; pensant que, dans ces circonstances, il pourrait invoquer comme prétexte l'inadvertance, il tire sur lui ; ses mobiles sont la vengeance et la haine. Constatation faite, B de son côté, visait aussi A, dans l'intention de le tuer, ce que A ignorait. Malgré cela, A n'est pas justifié comme ayant agi en état de légitime défense.

2. Dans le cas où l'agent avait l'intention d'agir de façon socialement utile — autrement dit en remplissant les conditions subjectives d'une cause justificative — mais où les faits matériels ne correspondaient pas à cette cause, là encore il a agi injustement.

¹⁵ Pour les opérations chirurgicales, on soutient également l'opinion selon laquelle il ne s'agit pas, dans certains cas, de cause de justification, mais de manque de la typicité (*Tatbestand*) ou de typicité apparente (*scheinbare Rechtsgutsverletzung*), v. *infra*, pp. 242 ss.

¹⁶ En Allemagne, on discute pour savoir si, dans le cas où la partie subjective d'une cause de justification fait défaut, il s'agit d'un délit exécuté ou tenté. La plupart des auteurs admettent qu'il s'agit d'une tentative (V. STRATENWERTH, *Strafrecht*, p. 145 ; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 246 ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 43, Bem. 50). Mais, lorsqu'il s'agit des cas où ce ne sont que le mobile et la volonté de l'agent qui fondent la cause justificative, une tentative n'est pas possible, v. STRATENWERTH, *loc. cit.*

Exemple : Un instituteur, croyant aux buts éducatifs de ses mesures et poussé par le mobile éducatif, maltraite son élève d'une façon qui dépasse les limites du droit disciplinaire. Il n'est aucunement justifié ¹⁷.

6. Quant aux causes d'excuse, la théorie de la protection du droit le plus important ainsi que celle de l'absence d'intérêt à protéger ne peuvent pas entrer en ligne de compte. Il s'agit, dans la plupart des cas, comme pour les causes de justification, d'un conflit de droits dans lequel se trouve impliqué l'agent, qui sacrifie, contrairement à ce qui se passe dans les causes de justification, un droit de valeur égale à celui qu'il a protégé, et quelquefois même de valeur inférieure. Mais son comportement, loin d'être licite, est tout de même tolérable pour la société, qui tient compte des possibilités psychiques de l'homme moyen.

Dans toutes les causes d'excuse, l'importance du côté subjectif apparaît de façon plus évidente que dans les causes de justification, étant donné que le côté objectif se révèle beaucoup plus faible que dans ces dernières, puisque le droit protégé par l'agent n'est pas objectivement digne d'une protection accrue en comparaison de celui qui est lésé. Ce n'est qu'en tenant compte de l'état psychique dans lequel l'agent s'est trouvé et du mobile qui l'a inspiré qu'on le considère comme pardonnable. Quand nous étudierons des diverses causes d'excuse prévues par le CPS, nous essayerons de vérifier cette opinion. Nous avons écrit, lorsque nous examinons la relation qui existe entre culpabilité et mobiles ¹⁸, que l'influence qu'exercent les mobiles sur

¹⁷ MAURACH, A.T., p. 304, cite l'exemple d'un médecin qui, par compassion, pratique un avortement sur une femme, avortement qui n'était pas inspiré par des raisons médicales, mais par les difficultés que la femme devrait affronter (en donnant naissance, p. ex., à un enfant illégitime). MAURACH ajoute que la tendance philanthropique (*menschenfreundliche Gesinnung*), qui est un mobile social, n'exclut pas la punition selon le § 218 C.P. All., puisque la partie objective de la cause de justification prévue par le § 218 fait défaut. Il nous semble que l'exemple n'est pas adéquat : parce que le mobile du médecin ne correspond pas dans ce cas au côté subjectif tel qu'il est requis par le § 218. Ce mobile, sans être bas, n'est pas même social *selon l'esprit du § 281*. Dans cet exemple donc, font défaut à la fois le côté subjectif et le côté objectif. Ce cas pourrait, à notre avis, servir d'exemple pour prouver le fait qu'un mobile quelconque, qui n'est pas bas (« *niedrig* »), ne suffit pas à justifier un délit. Ce n'est que le mobile non antisocial correspondant au contenu et à la notion de chaque cause de justification qui peut constituer le côté subjectif de cette cause. Nous notons que cet exemple susciterait des problèmes en droit suisse, en raison de l'article 120 CPS ; le médecin agissant selon l'art. 120 serait justifié à notre avis (v. WAIBLINGER, *Actes licites*, FJS 1204, p. 4, ch. 10 ; GAUTHIER, *Réflexions sur les art. 118 ss. CPS*, in RPS 1972, pp. 264 ss.).

¹⁸ V. *supra*, p. 113.

la culpabilité et notamment sur la reprochabilité (Vorwurf) qui est contenue dans celle-là peut aller jusqu'à la disparition de toute reprochabilité, donc de la culpabilité elle-même (puisque la reprochabilité en est un élément indispensable). Cela ne se produit que lorsque les mobiles sont combinés avec certaines conditions objectives ; l'acte alors devient en tous points (subjectif et objectif) excusable.

Les causes d'excuse donc comportent un élément subjectif, un mobile *qui ne contredit pas le sentiment moral de la société, compte tenu de toutes les circonstances de cet acte.*

Cela est en harmonie avec l'opinion selon laquelle on doit apprécier la qualité morale des mobiles en prenant en considération toutes les circonstances de l'acte, opinion que nous avons déjà développée plus haut. Cette prise en considération est d'autant plus nécessaire qu'il ne s'agit pas simplement d'une diminution de la faute qui a comme conséquence l'atténuation de la peine : il s'agit bien plutôt de l'extinction même de la faute, qui a comme conséquence l'impunité. L'acte dans son ensemble paraît, dans ces cas, tel qu'on ne saurait exiger d'un homme moyen de se comporter de façon différente.

B) L'ÉLÉMENT SUBJECTIF DANS LES CAUSES DE JUSTIFICATION EN DROIT SUISSE.

GÉNÉRALITÉS.

1. Après cette introduction théorique, nous allons examiner les diverses causes de justification d'après le droit suisse, ainsi que l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle qui en a été donnée.

Tandis que l'illicéité ou illégalité pénale ne peut avoir comme fondement que la loi pénale, conformément à la règle « nulla poena sine lege », les causes de justification en revanche peuvent reposer sur une loi non pénale ou même sur une norme de droit qui n'est pas fixée par une loi. Ainsi, la justification d'un comportement en soi illicite peut être déduite du droit coutumier ou du droit créé par le juge lorsqu'il agit comme législateur pour combler une lacune de la loi. C'est ainsi qu'à côté des causes de justification légales apparaissent les causes de justification supralégales.

Mais la ligne de démarcation entre causes de justification légales et causes de justification supralégales n'est pas nette, comme nous allons le voir par la suite.

Le CPS connaît comme causes de justification légales la légitime défense (art. 33) et l'état de nécessité (art. 34). Quant à l'art. 32, il

faut remarquer qu'il prévoit nombre de causes de justifications dont le contenu provient, pour la majorité d'entre elles, non du CPS, mais d'autres dispositions légales, ou encore de règles supralégales (droit coutumier)¹⁹.

Dans la partie spéciale du CPS, il est des causes justificatives réglées de manière spéciale ; c'est le cas par exemple de l'article 120 (interruption non punissable de la grossesse) dont le ch. 4 exclut explicitement l'application de l'art. 32 ; des art. 320 et 321 (consentement en cas de violation du secret de fonction et de profession) ; de l'art. 173 ch. 2 et 3 (preuve libératoire dans les délits contre l'honneur, sous certaines conditions). La partie générale présente également une cause justificative spéciale à l'art. 27 ch. 5 (compte rendu véridique par la presse des débats publics).

L'énumération que fait le CPS des actes licites n'est pas exhaustive. Il y manque notamment le consentement du lésé comme cause justificative générale. On ne trouve que quelques dispositions éparses dans la partie spéciale qui permirent de former cette cause générale supralégale. Mais lorsqu'il s'agit d'un consentement de la victime réglé par la partie spéciale, cette même cause de justification n'est alors plus supralégale, mais légale.

Nous examinerons par la suite le côté subjectif de chaque cause justificative, en commençant par celles qui sont uniquement légales (état de nécessité et légitime défense). Puis nous passerons aux causes justificatives de l'art. 32 qui sont multiples et se réfèrent souvent à des règles de droit qui ne sont pas contenues dans le code *pénal*, ni même, ce qui n'est pas très rare, dans une disposition légale quelconque ; de sorte qu'on peut les considérer comme des causes de justification tantôt légales tantôt non nettement légales.

Nous examinerons tout d'abord l'état de nécessité, parce que nous considérons que la légitime défense est, au fond, un cas spécial de l'état de nécessité.

¹⁹ Nous remarquons encore que tous les actes qui, selon l'expression de l'article 32, sont « permis ou non punissables » ne se réfèrent pas à des causes de justification ; cette disposition concerne aussi des causes d'excuse ou des causes excluant la peine (v. HAFTER, A.T., pp. 167 s. ; WAIBLINGER, FJS 1204, p. 4). Nous ne traitons ici que les premières.

a) *L'état de nécessité* ²⁰.

L'art. 34 du CPS mentionne les conditions de l'état de nécessité : elles sont objectives et subjectives. Premièrement, il faut qu'un conflit existe entre le bien de l'auteur et le bien d'autrui. Parmi les biens que cite la loi, nous relevons, à titre d'exemple, la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine ²¹. Pour le bien de l'agent il existe donc un danger a) actuel ou imminent (ni passé ni futur) ²² ; b) impossible à détourner autrement que par la lésion du bien d'autrui ; c) qui n'est pas dû à une faute de l'auteur. Mais il faut encore que celui-ci ait agi d) pour préserver son bien et que, e) dans les circonstances où l'acte a été commis, le sacrifice du bien menacé ne puisse pas être raisonnablement exigé de l'auteur.

Les circonstances qui se réfèrent au danger et à sa nature (a, b, c) sont objectives. La circonstance qui se réfère au mobile (d) est, évidemment, subjective. La dernière (e) est à la fois objective et subjective, parce qu'elle se réfère, d'une part à la proportionnalité objective entre les biens en conflit, d'autre part à l'absence de blâme moral en ce qui concerne l'attitude de l'auteur qui agit en connaissant les circonstances (qui sont propres à le justifier) ²³.

²⁰ Les ouvrages suisses suivants traitent spécialement ce sujet en corrélation avec le CPS ou son projet : BRÄGGER, *Der Notstand im schw. Strafr.*, thèse, Berne, 1937 ; GYSIN, *Die Theorie des Notstands und dessen Behandlung im Entwurfe eines schw. Stgb.*, in RPS, 1926, pp. 44-103 ; STOOS, *Die Abgrenzung des Notstands*, in RPS, 12, 1899, pp. 330-338 ; TOBLER, *Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr*, 1894 ; WAIBLINGER, *Etat de nécessité*, FJS, 1206 (mise au point du 1^{er} avril 1958) ; HAEFLIGER, *Der Notstand im schweiz. Strafrecht*, in Recueil des travaux suisses présentés au VIII^e Congrès int. de dr. comparé, 1970, pp. 379 ss. ; SPILMANN, *Die Strafausschliessungsgründe im schw. Stgb.*, Zurich, 1963 ; TRÜEB, *Notwehr und Notstand im allgemeinen und nach schw. Recht*, Zürich, 1924.

²¹ V. WAIBLINGER, FJS 1206, ch. 12, qui étend l'application de l'art. 34 CPS à la liberté et à l'honneur sexuels par analogie à d'autres états de nécessité ; v. JdT 1968 IV 107 s.

²² Ainsi ATF 1949 IV 51.

²³ Il y a trois solutions juridiques possibles concernant l'état de nécessité : le considérer comme une cause de justification (C.P. It., art. 54) ; le considérer comme une cause d'excuse (solution qui prédomina dans la doctrine allemande depuis la parution de l'ouvrage de GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913) ; enfin, le considérer tantôt comme une cause de justification (lorsque le bien menacé est plus important que celui qui est lésé), tantôt comme une cause d'excuse (lorsque le bien en péril et le bien lésé sont de valeur égale). La dernière solution (plutôt dominante aujourd'hui dans la doctrine allemande depuis MEZGER) est celle qu'a retenue le C.P. Gr. (art. 25 et art. 32). La loi allemande également connaît l'état de nécessité « excusant » et celui « justifiant » (§§ 35 et 34 C.P. All., dans sa nouvelle version). Le C.P. Fr. ne mentionne pas l'état de nécessité, mais la doctrine et la jurisprudence en font une cause justi-

L'auteur doit donc agir « *pour protéger son bien* » : il s'agit là d'un mobile. Mais il n'est pas nécessaire qu'il ait nettement conscience du fait qu'il exerce un droit légitime. Requérir cette conscience serait requérir quelque chose qui dépasse la notion de mobile²⁴. Il suffit que l'auteur ait conscience de l'existence d'un danger et du fait qu'il est nécessaire qu'il réagisse afin de l'éviter. Il arrive souvent même, dans les circonstances urgentes et soudaines d'un état de détresse, qu'un homme agisse en sentant le danger imminent et le besoin de sauver sa propre vie, sans avoir une conscience claire d'exercer un droit légitime (par exemple à la guerre, pendant un incendie, etc.)²⁵.

La même justification est valable si le mobile consiste dans le désir de préserver d'un danger analogue un bien appartenant à un tiers (Notstandshilfe, art. 34, ch. 2).

Mais il n'est pas nécessaire que ce mobile soit l'unique mobile de l'auteur : il est cependant indispensable qu'il existe et qu'il ait incité en premier lieu l'auteur à agir ; qu'un autre mobile encore existe

ficative supralégale, v. BOUZAT-PINATEL, I, p. 332 ; STÉFANI et LÉVASSEUR, *op. cit.*, pp. 151 ss.

A propos du CPS, il faut donner quelques précisions. L'art. 34 CPS est placé sous le titre marginal « 8. Actes licites ». C'est la raison principale pour laquelle la plupart des auteurs interprètent l'état de nécessité comme une cause enlevant toujours l'illicéité. Ainsi, HAFTER, *Lehrbuch*, A.T., 1946, p. 157 ; CLERC-STECK, *Grundzüge des schw. Strafr.*, A.T., 1943, p. 90 ; LOGOZ, *Commentaire*, P.G., p. 145 ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 81. WAIBLINGER, FJS 1206, ch. 2, admet aussi qu'il s'agit toujours d'une cause justificative, mais surtout pour la raison que, puisque la loi « permet au citoyen de remédier à une collision d'intérêts, dans des conditions tout à fait déterminées », l'acte accompli dans cet état doit être reconnu comme légal (de même HAFTER, *loc. cit.*, p. 157). Contra : GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942, p. 214 (qui distingue dans ce même article 34 des cas « justifiant » et des cas « excusant », et THORMANN - v. OVERBECK, *Kommentar*, Art. 34, Anm. 2 und 3 (qui distingue des faits justificatifs et des faits excluant la peine) ; NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung*, in RPS, 1964, p. 174 ; BRÄGGER, *Der Notstand im schw. Strafrecht*, p. 134 ; SCHRÖDER, *Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund*, in RPS, 1960, pp. 1 ss. soutient l'opinion selon laquelle l'art. 34 ne prévoit qu'une cause d'excuse et qu'il faut former une cause justificative supralégale (16) ; (contra : NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe...*, *loc. cit.*, p. 175). STOOS a reconnu (in RPS, 41, p. 400) que ce titre marginal est dû à une inadvertance de la rédaction. Mais la 2^e Commission d'Experts avait rejeté la proposition d'ajouter, à côté de « rechtmässige » (licites), le mot « straflose » (impunis), v. LOGOZ, *loc. cit.*, p. 144. Sur l'art. 34, v. ATF 77 IV 194 ; BJP 1944 n° 163 (Obergericht de Schaffhouse). Ce dernier cas devrait être plutôt considéré, à notre avis, comme une impossibilité subjective, donc une cause d'excuse (v. *infra*, p. 245).

²⁴ Cf. aussi *infra*, légitime défense, p. 231.

²⁵ Ce mobile est conscient puisque l'agent a la conscience des circonstances dangereuses et du désir de les éviter. En tant que tel, il coïncide avec le but quant à la représentation noétique (v. p. 103). C'est pourquoi on peut également parler de but, si on ne tient compte que du côté noétique final.

accessoirement n'a pas d'importance²⁶. Si donc l'auteur a agi dans un véritable état de nécessité, sans s'en apercevoir, mais en s'inspirant d'un autre mobile (par exemple celui de causer un préjudice à un bien d'une autre personne), lequel était en collision avec celui d'un tiers, il n'existe pas de cause de justification de son acte.

L'art. 34 prévoit le cas où le danger est imputable à une faute de l'agent, ou bien le cas où l'acte a été commis « dans des circonstances où le sacrifice du bien menacé pouvait être raisonnablement exigé », ce qui implique encore le cas où on aurait pu préserver le bien menacé en causant un dommage moins grave à un bien appartenant à autrui (excès ou abus de l'état de nécessité). Dans ces cas, l'auteur sera puni, mais le juge devra atténuer librement la peine, conformément à l'art. 66 (art. 34, ch. 1, 2^e al.)²⁷.

Mais l'auteur pourrait avoir comme mobile celui de préserver un droit sans que les circonstances de l'état de nécessité existent (état de nécessité putatif). L'élément subjectif de la cause justificative existe alors, mais c'est l'élément objectif qui fait défaut. L'acte, dans ce cas, n'est pas non plus justifié. Toutefois, sont applicables les art. 19 (erreur sur les faits) ou 20 (erreur de droit) ou encore parfois, au lieu de l'article 20, l'art. 34 ch. 1, 2^e al. (excès d'état de nécessité). L'auteur pourra donc, selon les cas, être exempté de toute peine ou être puni comme ayant commis l'acte par négligence, ou encore bénéficier d'une atténuation libre (art. 66).

En conclusion, nous constatons que l'attitude psychique et notamment le mobile de l'agent influent sur l'illicéité de son acte et, de façon plus générale, sur sa punition. On en arrive jusqu'à exclure toute peine si — vu aussi les circonstances objectives — on ne peut pas considérer son comportement comme antisocial ; ce qui s'harmonise avec l'opinion selon laquelle le caractère antisocial du mobile est toujours jugé en corrélation avec les circonstances objectives de l'acte.

²⁶ V. SCHWANDER, *op. cit.*, p. 82 (n° 166, 5) ; WAIBLINGER, FJS 1206, ch. 13.

²⁷ Quand il s'agit d'un excès d'état de nécessité excusable en raison des circonstances, le C.P. Gr. considère qu'il s'agit d'une cause d'excuse (art. 25 § 3 et 32 § 2) ; v. ZISSIADIS, *L'état de nécessité* (en grec), 1943 ; PAPAKYRIACOPOULOS, *L'état de nécessité selon le nouveau C.P. Gr.* (en grec), in *Ann. Pén.* 1953, pp. 225 ss. ; cette façon de régler la question nous paraît théoriquement juste. Dans ce cas, selon ce code, ce n'est que l'individu se trouvant en péril, ou un de ses descendants, ascendants, frères, ou enfin son conjoint qui sont excusés de repousser le danger en portant atteinte au droit d'autrui. De telles restrictions existaient dans quelques codes pénaux cantonaux avant l'entrée en vigueur du code pénal fédéral.

b) *La légitime défense*²⁸.

La légitime défense pourrait être considérée comme un cas spécial de l'état de nécessité. Elle consiste dans le droit qu'on a de repousser une attaque injuste (« sans droit ») ou la menace d'une attaque imminente injuste par des moyens proportionnés aux circonstances. Même un tiers a le droit de repousser une telle attaque ou une menace d'attaque dirigée contre un autre individu (art. 33, ch. 1).

Ainsi donc l'attaque — qui est, bien entendu, toujours un acte humain²⁹ — doit être injuste ; ce sont-là deux éléments qui distinguent la légitime défense de l'état de nécessité (où il n'est point nécessaire que le danger soit dû à *un acte injuste*). Si par conséquent il s'agit d'une attaque non imputable à l'agent, mais injuste (par exemple l'attaque d'un fou), la légitime défense est autorisée par la loi. En revanche, une légitime défense contre une légitime défense ne saurait exister, mais il peut exister une légitime défense contre l'excès de légitime défense.

Nous sommes d'avis que le mobile consistant dans le désir de repousser l'attaque est implicitement requis de la personne qui se défend ou qui défend autrui³⁰.

²⁸ Nous mentionnons les études suisses suivantes qui traitent spécialement de ce sujet en rapport avec le CPS : MÜLLER, *Notwehr und Notwehrexcess nach dem neuen schw. Strafg.*, Berne, 1948 ; TRÜEB, *Notwehr und Notstand im allg. und nach schweiz. Recht*, Zurich, 1924 ; EBNER, *Die Notwehr im schw. Strafr.*, Berne, 1937 ; WAIBLINGER, *Légitime défense*, FJS 1205 ; BERLI, *Notstand und Notwehr im schweiz. Militärstraf.*, Zurich, 1925 ; GLASER, *Die Verletzung dritter in der Notwehr*, Berne, 1935 ; REICHEL, *Die Notwehr im Strafg. Entwurf*, in SJZ 23, pp. 165 ss. ; STRECKEISEN O., *Notwehr speziell nach thurg. Recht und schweiz. Strafgesetz*, Berne, 1939 ; NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz...*, loc. cit., pp. 173 ss.

²⁹ Une attaque faite par un animal utilisé comme un instrument délictueux (p. ex., un chien excité à cette fin) constitue encore un acte humain de caractère injuste. On a donc le droit, pour se défendre, de tuer cet animal, alors même qu'il appartient à un tiers (ATF 97 IV 73).

³⁰ Cette opinion est de nos jours unanimement, peut-on dire, professée en Allemagne : v. BAUMANN, *Strafrecht*, pp. 284 et 291 ; SCHMIDHÄUSER, *Über die Wertstruktur der Notwehr*, in Honig - Festschrift, 1970, p. 185 ; LENCKNER, *Der Rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 187 ss. ; MAURACH, A.T., p. 313 ; STRATEN-WERTH, *Strafrecht*, I, p. 134 ; BOCKELMANN, *Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht*, in English - Festschrift 1969, pp. 456 ss. ; BOCKELMAN, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, in Honig - Festschrift, 1970, pp. 19 ss. ; JESCHECK, *op. cit.*, p. 255 ; MEZGER-BLEI, I, p. 131 (auparavant il était d'un avis contraire) ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 53, Bem. 26, WELZEL, *Das D. Strafr.*, p. 86, *in fine*. — En Italie l'opinion en question était admise par CARRARA, *Programma*, pp. 284 ss., et par les positivistes (v. FLORIAN, *Trattato*, I, p. 534). — Contra : MANZINI, *Trattato*, II, p. 284 ; VANNINI, *Istituzioni*, p. 182 ; ANTOLISEI, *Manuale*, pp. 226 s. — Nous

Ce point est controversé dans la doctrine suisse. La lettre de la disposition y relative ne suggère ni une réponse affirmative ni une réponse négative concernant la nécessité d'un tel élément subjectif, puisqu'il n'est pas expressément requis par l'art. 33 CPS. Néanmoins, nous considérons l'interprétation que nous avons admise comme d'autant plus juste qu'un tiers aussi a le droit de repousser une telle attaque. C'est ainsi qu'il n'est pas rare que d'autres mobiles aient pu pousser ce tiers, lequel cherchait, par exemple, l'occasion de se venger d'un vieil ennemi. Dans le cas où ce sont d'autres mobiles et non pas la défense d'autrui qui l'incitèrent à agir, cet acte ne devrait pas être justifié, à notre avis.

D'ailleurs, le sens courant de la « défense » inclut toujours l'idée d'agir *pour repousser une attaque*. Et c'est précisément cette attitude psychique du défenseur, alliée aux circonstances objectives, qui fait d'un acte injuste un acte juste.

L'opinion contraire considère que la personne qui se défend ou qui défend autrui, indépendamment de son mobile, commet un acte d'utilité publique, parce qu'elle empêche la réalisation d'un acte injuste³¹; dès lors un élément subjectif particulier n'est pas nécessaire. Mais cet argument ne nous paraît pas suffisant, car il pourrait servir pour justifier tout acte par lequel on se fait justice à soi-même (autodicie = *αὐτοδικία*); cette opinion aide cependant à expliquer pourquoi le mobile est, dans la légitime défense, de nature sociale.

rappelons que le C.P. It., par l'art. 59, a expressément nié le besoin d'agir en connaissance des circonstances justificantes. Sinon, l'art. 52 devrait être interprété différemment en raison de l'expression employée (« ... per esservi costretto dalla necessità di difendere un diritto... »).

³¹ SCHWANDER, *loc. cit.*, pp. 83 s., ne paraît pas requérir cet élément subjectif; LOGOZ, *Commentaire*, P.G., p. 132, ne requiert pas une attitude subjective spéciale de l'agent, mais il exige que la notion de « défense » se réalise, ce qui nous paraît toujours sous-entendre l'attitude psychique qui consiste à se défendre ou à défendre autrui. HAFTER est à peu près du même avis (*Lehrbuch*, A.T., 1946, § 29); cependant, dans le cas de l'excès de défense, HAFTER requiert une attitude psychique spéciale, afin que l'auteur ne soit pas punissable. Cela ne révèle-t-il pas le rôle (implicite) que joue cet élément psychique dans l'art. 32 en général? En faveur de l'interprétation que nous préconisons on peut citer: GERMANN, *Das Verbrechen...*, p. 216; WAIBLINGER, FJS 1205, p. 7; NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz*, *loc. cit.*, pp. 171 s.

L'opinion retenue par nous est également soutenue en France. Nous notons que le C.P. Fr. n'autorise expressément la défense qu'à propos de l'homicide, des blessures et des coups (art. 328 et 329), mais la doctrine et la jurisprudence en a fait un fait justificatif général; v. STÉFANI-LÉVASSEUR, pp. 144 s.; BOUZAT-PINATEL, I, p. 322.

En Grèce, l'opinion qui prévaut est le contraire de ce que nous soutenons. Néanmoins, v. DÉDÈS, *La théorie des éléments subjectifs de l'antijuridicité*, in Ann. Pén., 1957, p. 431 (en grec).

Et ce mobile social, combiné aux autres éléments objectifs requis par la loi, fait de cet acte de défense un acte licite.

Mais s'il n'est pas nécessaire que ce mobile soit unique, il faut néanmoins qu'il figure parmi les mobiles de l'agent et qu'il ait en première ligne incité l'agent à agir. Nous admettons cette solution en prenant surtout en considération l'intervention d'un tiers. En effet, dans la légitime défense, quand c'est l'attaqué lui-même qui réagit, en raison des circonstances extrêmement critiques dans lesquelles il se trouve, même s'il a encore d'autres mobiles, il est naturel que la cause psychique *principale* de la contre-attaque soit la défense de soi-même. Il ne serait pas naturel que, dans de tels moments, un autre mobile fût plus intense que celui de l'instinct de conservation au sens large (recouvrant, outre la vie, tous les biens nécessaires pour la conservation de celle-ci). Mais ce qui serait exceptionnel dans le cas de l'autodéfense, ne le serait pas dans le cas où un tiers repousse l'attaque. Or, son acte ne doit pas être justifié s'il a trouvé simplement l'occasion de faire du mal à l'attaquant. Par conséquent, d'autres mobiles ne peuvent exister qu'accessoirement ³².

Quant au contenu de ce mobile, il n'est pas nécessaire que la personne qui se défend ait clairement conscience d'exercer un droit légitime. Ainsi une personne ivre ou un fou ont aussi le droit de se défendre : il suffit qu'ils aient le sentiment qu'ils se défendent, ce qui est ordinairement, mais non pas toujours, démontré par le fait même qu'ils repoussent l'attaque. Requérir la conscience d'exercer un droit légitime nous paraît aller au-delà de la notion de mobile. Comme nous l'avons dit ailleurs, le mobile est un phénomène psychique de nature affective incitant à l'acte. Il peut être conscient à des degrés divers. Dans la légitime défense, la conscience qu'on a d'agir pour se défendre contre une attaque qu'on ne peut pas neutraliser autrement, est suffisante. C'est confondre le mobile avec la culpabilité, et notamment avec le dol, que de considérer que les irresponsables ou les demi-responsables ne peuvent pas agir en ayant pour mobile le désir de se défendre contre une attaque. Cela a de l'importance pour les demi-responsables qui, s'ils agissent en état de légitime défense, n'encourront aucune peine, sinon ils subiront une peine atténuée, selon l'art. 11 CPS. La solution que nous retenons nous paraît être en harmonie avec le sens du mot de « défense » et le sentiment de justice courants, ainsi qu'avec la notion de mobile.

³² Cf. la même solution concernant l'état de nécessité, *supra*, p. 227. Contra : JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 255 ch. 2a, qui ne requiert que la simple existence du mobile de défense.

La même solution serait valable encore si l'on considérait qu'il s'agit d'un dessein et non pas d'un mobile ; le dessein doit être toujours conscient, mais son contenu n'est, dans ces cas, que la direction consciente de la volonté vers la neutralisation d'une attaque³³. Dans le cas d'excès de légitime défense, l'art. 33, ch. 2, CPS en fait une circonstance très atténuante où l'on doit appliquer l'atténuation libre de l'art. 66. Mais, si cet excès est dû à un état excusable d'excitation ou de saisissement causé par l'attaque, l'acte alors demeure impuni. Ce dernier cas relèverait plutôt des causes d'excuses qui lèvent la culpabilité³⁴.

Dans le cas de la légitime défense putative, sont applicables les art. 19 (erreur sur les faits) ou 20 (erreur de droit, c'est-à-dire erreur sur la légitimité de la contre-attaque).

L'ensemble de toutes ces dispositions montre que le mobile de l'agent, son attitude psychique (outre le dol ou la négligence) liée à son acte matériel, influent sur la punissabilité de cet acte ; on en arrive même à exclure complètement l'application de toute peine si le mobile est utile à la vie en société — ce qui est toujours, à notre avis, jugé en corrélation avec les circonstances objectives.

c) *Le côté subjectif dans les actes licites de l'art. 32 CPS.*

1. Tous les cas envisagés par cet article se réfèrent à des conflits de valeurs et notamment, pour la plupart, à des conflits de règles de droit. Quelle règle doit prévaloir ? voilà un point que cet article n'éclaircit pas du tout. Il ne dit pas non plus jusqu'à quel point la loi qui ordonne ou qui permet un acte peut le justifier. Il s'agit dès lors d'interpréter les diverses règles de droit qui paraissent être en conflit.

Il est des cas où des règles du *droit pénal* semblent entrer en conflit *avec des règles de ce même droit*. Tel est, par exemple, le cas du témoin qui, en vertu de l'art. 307 CPS, est obligé de dire la vérité, ce qui est parfois en contradiction apparente avec l'art. 173

³³ WAIBLINGER, FJS 1204 ch. 7 et NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe...*, loc. cit., p. 172 paraissent admettre le contraire : l'ATF 79 IV 154 ch. 3 requiert un dessein conforme à la légalité. Or, le dessein, pensons-nous, est conforme à la légalité même si l'agent n'a pas pleinement conscience de cette conformité, mais qu'il ait conscience de la situation objective et de la volonté de se défendre.

³⁴ V. *infra* ce même chap., p. 245. WAIBLINGER, FJS 1205 ch. 19 et GERMANN, *Das Verbrechen*, p. 217 sont de cet avis. L'ATF 73 IV 261 paraît admettre plutôt l'opinion contraire (v. critique in WAIBLINGER, loc. cit.). Sur l'excès de légitime défense, v. encore ZR 51, n° 83, BJP 1946, n° 219, PKG 1949, n° 134, ATF 79 IV 148. Le C.P. Gr. admet expressément le point de vue soutenu dans notre texte à l'art. 23.

du même code, qui interdit de rapporter contre quelqu'un des faits qui compromettent son honneur. La question revêt une certaine importance dans les cas où le témoin a rapporté des faits qui n'étaient pas vrais, mais qu'en bonne foi il considérait comme tels. Ce témoin alors n'a pas besoin de la preuve libératoire de l'art. 173 ch. 2 CPS, parce que dire ce qu'il croit vrai est ordonné par la loi et, dès lors, licite. Mais si le témoin connaît la fausseté de ses allégations, il est alors punissable (v. ATF 80 IV 60).

Les cas des actes qui sont *interdits par le droit pénal et autorisés par un autre droit ou vice-versa* peuvent poser des problèmes juridiques difficiles à résoudre et qui sortent des limites de notre sujet. Nous notons toutefois qu'il est des cas où le CPS restreint des droits consacrés par d'autres dispositions légales (par exemple les art. 221, 229 et 234 CPS qui restreignent le droit de propriété) ou vice-versa (par exemple les art. 52 al. 3, 272 et 491 CO et l'art. 926 al. 2 CCS qui reconnaissent le droit de recourir à la force)³⁵.

2. *La protection d'intérêts légitimes* pourrait, si elle est prise dans une acception large, couvrir toute cause de justification. Cette cause justificative, fondée sur les principes généraux du droit, correspond à la règle selon laquelle un comportement est licite s'il constitue le moyen nécessaire et proportionnel (angemessen) à la réalisation d'un *but légitime*³⁶. Prise au sens restreint, elle recouvre tous les cas correspondant à ladite règle, à l'exception de ceux qui ont été érigés en causes justificatives autonomes.

L'art. 173 ch. 2 CPS protège les intérêts légitimes de l'agent en cas de diffamation, mais seulement sous la forme de la preuve libératoire, conformément aux chiffres 2 et 3 de ce même article³⁷. Toutefois, à l'exclusion de ce cas spécial, la protection d'intérêts légitimes est toujours considérée comme une cause justificative indépendante³⁸. Tels sont tous les cas de recours autorisé à la force. Nous citons, à

³⁵ V. sur le droit du propriétaire, p. ex., ATF 77 IV 194, 78 IV 83, 85 IV 5, BJP 1956 n° 54 ; BJP 1961 n° 58 ; JdT 1959 IV 77. V. également EBERLE, *Die Bedeutung der Selbsthilfe im Strafrecht*, 1951.

³⁶ V. GERMANN, *Schweiz. Stgb.* (CPS annoté), 9^e éd., Vorbem. ad art. 32, p. 62 ; du même auteur, *Das Verbrechen...*, p. 211 ; NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe...*, in RPS 1964, pp. 160 ss. V. également JdT 1968 IV 107 s.

³⁷ Sur ce sujet v. ATF 80 IV 109, 80 IV 10, 85 IV 182, JdT 1960 IV 47 s., JdT 1968 IV 108 ; SCHWANDER, *op. cit.*, n° 615 et WAIBLINGER, FJS 1204, p. 9, critiquent le fait que l'ancienne cause justificative des intérêts légitimes ne fut admise, par la révision de 1950, que sous la forme de preuve libératoire.

³⁸ V. JdT 1968 IV 108. Dans ce cadre entre également l'application par analogie de l'art. 34 CPS à d'autres états de nécessité.

titre d'exemple, les cas fondés sur les articles 52 al. 3 ou 57 CO³⁹. L'arrêt du Tribunal de Thurgovie publié in BJP 1956 N° 54 est intéressant pour notre sujet, parce que, en interprétant l'art. 57 CO il a statué que l'animal ne peut pas être poursuivi en dehors des limites de l'immeuble, ce qui nous paraît juste pour la raison qu'il n'est plus question de sauvegarder son immeuble ; dès lors, le mobile de l'agent n'est plus la protection de son immeuble (c'est, par exemple, la vengeance, la colère, etc.). Cette cause peut déployer ses effets justificatifs sans qu'une disposition légale spéciale reconnaisse les intérêts de l'agent comme dignes de protection. C'est ainsi que l'ATF 82 IV 15 ss. (= JdT 1956 IV 88), notamment à la page 18, a justifié par des intérêts matériels importants le débiteur qui n'était pas présent lors d'une saisie, comme l'exigent les prescriptions de l'art. 323, ch. 1 CPS⁴⁰.

3. Il est des cas où le droit reconnu par la loi est réellement un devoir. C'est le cas du droit de correction appartenant aux parents, qui repose sur l'art. 278 CCS, et au tuteur, qui se fonde alors sur l'art. 405 ch. 2 CCS. Ce droit, au fond, n'est qu'un moyen permettant de remplir le devoir général qu'est celui de l'éducation des enfants (art. 275 al. 2 CCS). Un devoir analogue est l'obligation faite au maître de l'école publique, comme à l'instituteur privé, d'éduquer leurs élèves⁴¹ ; de cela découle aussi le devoir consistant à leur imposer des mesures disciplinaires qui, dès lors, sont licites⁴². Mais, tandis que le devoir du premier est considéré comme un devoir de fonction, le devoir du second est considéré comme un devoir de profession

³⁹ V. ATF 77 IV 194 et 78 IV 83.

⁴⁰ Il s'agit donc d'une cause justificative qui est, dans certains cas, légale, cependant que, dans d'autres (comme dans le cas cité ici), elle devient supra-légale : v. NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe...*, loc. cit., p. 185. Le même auteur préconise l'usage de cette même cause pour la justification de certaines œuvres scientifiques ou artistiques qui paraissent transgresser les dispositions protégeant la morale, la paix ou le sentiment religieux publics (loc. cit., pp. 189 ss.). Mais le TF règle la question d'une façon différente : il exclut, s'il y a lieu, la punissabilité, lorsqu'il considère que le type du délit (Tatbestand) n'a pas été complété : v. ATF 86 IV 19, 87 IV 73 et la critique de NOLL, loc. cit.

⁴¹ V. ATF 72 IV 176, qui considère comme licite une critique faite par le maître.

⁴² V. BJP 1960, n° 116 où l'arrêt du Trib. des Grisons ne reconnaît le droit disciplinaire (Züchtigungsrecht) qu'aux parents et aux tuteurs et « éventuellement — selon le droit cantonal — à des tierces personnes déterminées, tels les maîtres et les instituteurs. Les tiers n'ont ce droit que si les parents ou le titulaire de la puissance paternelle ont expressément consenti ». Dans le même sens BJP 954 n° 194 (Commission de recours de Thurgovie). Cf. encore ZR, 46 (1947) n° 41 (arrêt de l'Obergericht de Zurich).

(ATF 72 IV 176). Tous les deux reposent, le plus souvent, sur le droit coutumier.

Les mesures disciplinaires, y compris celles qui sont prises par les parents, ne sauraient, dans tous les cas, outrepasser le but éducatif, tant objectivement que subjectivement. Les articles 123 ss. et 134 ss. CPS sont utiles pour la constatation des limites de ce pouvoir disciplinaire ⁴³.

4. Le devoir de fonction peut être fondé sur une loi (par exemple l'arrestation ou la perquisition ordonnées par le juge d'instruction) ou sur le droit coutumier (tel l'exemple du maître public cité plus haut, ATF 72 IV 176) ⁴⁴. C'est un devoir de fonction que remplissent également l'agent de police (ATF 76 IV 25) ⁴⁵ ou l'autorité communale (ZBJV 85, 135) qui, dans une plainte pénale ou un rapport de police, mentionnent des faits qui attaquent l'honneur d'un individu, ou enfin les fonctionnaires administratifs qui fournissent des renseignements (ZBJV 85, 226).

Le recours à la force de la part des policiers en cas de besoin est également considéré comme un devoir de fonction, lorsqu'il ne remplit pas les conditions de la légitime défense ou de l'état de nécessité ⁴⁶.

Le droit de service du soldat est aussi un devoir apparenté à un devoir de fonction ; il est fondé, dans une large mesure, sur les dispo-

⁴³ Sur le pouvoir disciplinaire, v. ATF 80 IV 108, 85 IV 125, 89 IV 71. Cf. encore NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz...*, loc. cit., p. 180 ; WAIBLINGER, FJS 1204, pp. 7 et 15 ; FEHR, *Die Misshandlung und Vernachlässigung eines Kindes nach Art. 134 Stgb.*, in RPS 1963, notamment pp. 163 ss. ; HAEFLIGER, *Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat*, in RPS 1964, pp. 27 ss. ; J. KAUFMANN, *Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher*, Stuttgart, 1910 ; du même auteur, *Das Züchtigungsrecht der Lehrer und die Strafrechtsreform*, in RPS, 1912, pp. 329 ss. Parmi les études allemandes spéciales, nous citons : BRUNS, *Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers*, JZ, 1957, pp. 410 ss. ; STETTNER, *Die strafrechtliche Problematik der körperlichen Züchtigung*, Berlin, 1958 ; FINGER, *Das Züchtigungsrecht und dessen Missbrauch*, Jur. Blatt, 1888, pp. 61 s. (étude ancienne mais fondamentale).

⁴⁴ Mais si une disposition légale y autorise le maître, l'acte alors est licite en vertu d'une disposition légale ; v., p. ex., arrêt publié in ZR 46 n° 31, qui se fonde sur le § 86 de l'Ordonnance zurichoise sur l'instruction.

⁴⁵ SJZ 1954, pp. 258-59 n° 130 in fine (Arrêt de l'Obergericht de Schaffhouse) ; toutefois le rapporteur a l'obligation de vérifier si ce qu'il rapporte est exact. V. ATF 76 IV 25. Il peut rapporter même un bruit qui court (Gerüchte), pourvu qu'il explique qu'il ne s'agit là que d'un bruit.

⁴⁶ V. sur ce sujet : HEIM, *Quelques aspects de l'intervention policière*, in JdT 1968, pp. 2 ss. ; WAIBLINGER, *Die Gewaltanwendung bei der Erfüllung der Amtspflicht durch Polizeiorgane*, in Polizeidienst, 1954, pp. 83-87, 97-100, 115-116, 133-135. Cf. ATF 85 IV 183, 80 IV 60, 72 IV 178, JdT 1964 IV 188, BJP 1970 n° 6, JdT 1970 IV 53.

sitions légales militaires. Quant au devoir de profession⁴⁷, il doit toujours être fondé sur une disposition légale ou sur une règle de droit coutumier et non pas simplement sur des considérations éthiques. Quoi qu'il en soit, le droit coutumier joue un rôle plus important dans les devoirs de profession que dans les devoirs de fonction, car ces derniers sont régis, le plus souvent, par des réglementations légales.

Outre le corps enseignant privé, pour lequel nous avons déjà dit qu'il existe un devoir d'éducation qui constitue un devoir de profession, on reconnaît également un devoir de profession pour les avocats et pour les médecins⁴⁸.

L'atteinte que porte un avocat à l'honneur de la partie adverse ou d'un témoin pour défendre son client, n'est pas non plus considérée comme illicite, si elle s'est révélée nécessaire à l'exercice des fonctions de l'avocat.

Toutes les interventions curatives (réussies ou non) des médecins sont couvertes par le devoir de profession, qui repose sur un droit coutumier. Quant à l'intervention chirurgicale dans l'intégrité corporelle, exécutée dans un dessein thérapeutique, elle ne peut être nullement considérée comme une lésion corporelle. On remarque que la guérison d'une maladie n'est pas une lésion, mais l'opposé de celle-ci, soit le rétablissement du corps dans l'état où il doit être⁴⁹. Cet avis cependant est loin de rencontrer l'unanimité des pénalistes, et la question des opérations chirurgicales a suscité de graves controverses parmi les théoriciens ; comme elle est le plus souvent mise en rapport avec le consentement du lésé, nous l'examinerons après l'étude de cette cause justificative supralégale.

⁴⁷ V. C.W. SCHERER, *Begriff und Bedeutung der Berufspflicht im Strafr.*, Berne, 1938 ; W. HAUSSENER, *Die Berufspflicht gemäss art. 31 des Entw. eines schw. Stgb. von 1918*, Berne, 1932.

⁴⁸ L'ATF 89 IV 71 a considéré comme un acte licite une punition disciplinaire légère infligée à un enfant par un portier ; il s'agirait pour cet homme de l'exercice de ses devoirs, selon le droit coutumier, ce qui exclut l'application de l'art. 126 CPS (voies de fait). Cet arrêt est d'un intérêt particulier pour notre sujet. En effet, selon cet arrêt, l'art. 126 CPS présuppose un « mobile blâmable », ce qui signifie, à notre avis, que la cause de justification repose, a contrario, sur un mobile non blâmable. L'arrêt de l'Obergericht de Zurich in ZR 45/1946 n° 95d considère que les expressions qu'on a employées dans le cadre d'un devoir de profession n'attaquent pas l'honneur.

⁴⁹ V. GERMANN, *Auslegung und freie Rechtsfindung*, Schweizerische Kriminalistische Studien I, Methodische Grundfragen, p. 133 ; NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, pp. 88 ss. ; WAIBLINGER, FJS 1204, p. 14.

Une question délicate concernant le devoir de profession des médecins surgit lorsque le secret professionnel entre en conflit avec un intérêt public important ou un intérêt privé. Il est douteux qu'il existe un droit coutumier faisant, dans ce cas, de la transgression du secret professionnel un acte licite. Un arrêt bernois (ZBJV 90 410 ss.) a tranché la question de façon affirmative, mais sous réserve de l'art. 321 ch. 2 CPS.

5. Nous n'avons pas mentionné de façon exhaustive tous les cas qui peuvent relever de l'art. 32⁵⁰. Notre but n'est d'ailleurs pas là. Notre seule intention est de montrer que dans toutes les catégories de causes justificatives comprises dans ce vaste article, le côté subjectif joue son rôle : il y a toujours connaissance des circonstances qui fondent le caractère licite de l'acte et, dès lors, au moins un des mobiles du faisceau de mobiles qui y correspond. Il est évident, nous semble-t-il, que celui qui agit en sachant qu'il exerce un droit légitime ou qu'il commet un acte ordonné par la loi ou imposé par le devoir de fonction ou de profession ou le devoir de parent, ne peut aucunement être considéré comme ayant une attitude psychique antisociale ; au contraire, son attitude est en harmonie avec les exigences de la vie en société. Il est vrai que, dans certains cas, le rôle important du côté subjectif est parfaitement évident et prépondérant, tout comme le but éducatif des actes disciplinaires, le but thérapeutique de toute intervention médicale, le but enfin de la défense des intérêts légitimes. Mais cela ne signifie pas qu'un élément subjectif, dépassant la simple connaissance, n'existe pas dans toute cause justificative, c'est-à-dire un élément qui influa sur la volonté même. Puisque dans toutes les causes de justification la connaissance des faits objectifs justificatifs est nécessaire, il s'ensuit de cela que la sphère volitive est influencée par ceux-ci lorsque la décision d'agir est prise ; il existe donc chez l'agent un mobile correspondant à cette connaissance, un mobile d'agir légalement, d'agir d'une façon qui ne soit pas antisociale.

d) *Le consentement de la victime.*

1. Il s'agit d'une cause de justification supralégale en ce sens, qu'elle ne figure pas dans le CPS sous forme d'une disposition ad hoc et qu'elle a été consacrée par la doctrine et la jurisprudence sur la

⁵⁰ P. ex., la mise en danger permise (« erlaubtes Risiko »), v. GERMANN, *op. cit.*, p. 134.

base des principes généraux du droit (« volenti non fit injuria ») et de quelques dispositions que l'on trouve éparses dans la partie spéciale de ce même code ⁵¹ — ce qui se présente également dans plusieurs autres codes ⁵². C'est la doctrine qui a créé cette cause générale de justification et la jurisprudence qui l'a consacrée. Sur la question de savoir quelles sont les conditions objectives requises par cette cause justificative — lesquelles d'ailleurs sortent des limites de notre sujet — il y a plus ou moins unanimité ⁵³. Cependant, tous les pénalistes n'admettent pas que cette cause de justification comporte un élément subjectif. Cet élément subjectif veut que l'agent connaisse toujours l'existence de ce consentement et agisse sur la base de celui-ci. Cette question est particulièrement intéressante pour le consentement accordé sous une forme unilatérale, parce que, dans celui qui est exprimé sous une forme bilatérale, il est évident que l'agent sait que la victime est consentante.

Quoi qu'il en soit, la plupart des auteurs — dont quelques-uns sont même des adeptes d'une conception objective des causes de justification en général — admettent aujourd'hui la nécessité qu'il y a que l'agent ait connaissance du consentement du lésé et qu'il ait agi « en se fondant (« auf Grund ») sur ce consentement » ⁵⁴. Cette

⁵¹ Cf. art. 320 ch. 2 (violation du secret de fonction), 321 ch. 2 (violation du secret professionnel) ; cette justification est sous-entendue par l'art. 207 (trouble causé au voisinage par l'exercice de la prostitution) ; ce cas pourrait être considéré comme un cas de « Einverständnis » ; v. *infra*. L'art. 120 (interruption non punissable de la grossesse) ch. 1 a érigé le consentement de la personne enceinte en un élément essentiel de la cause justificative prévue par cet article.

⁵² P. ex. : C.P. All., C.P. Fr., C.P. Gr. En revanche, le C.P. It. en fait une cause de justification générale (art. 50).

⁵³ Ce qui ne signifie pas qu'il y ait unanimité quant à leur contenu. D'après l'opinion dominante il faut : a) qu'il s'agisse d'un droit individuel auquel on peut renoncer ; b) que le consentement, ainsi que l'acte auquel on consent ne soient pas contraires au sentiment moral de la société ; c) que le consentement soit donné valablement, sérieusement et librement (V. MEZGER-BLEI, A.T., pp. 124 ss.).

Néanmoins, à propos de la condition a), v. : d'une part, JACOMELLA, *Il consenso del leso*, in RPS 1945, pp. 358 ss. et BJP 1945 n° 6, qui se fondent sur le degré de protection juridique ; d'autre part, BJP 1968 n° 179, WAIBLINGER, FJS 1207, pp. 2 ss. ; STRATENWERTH, *Prinzipien der Rechtfertigung*, in ZStW. 68, pp. 42 ss., 76 ; NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, pp. 59 ss. ; du même auteur, *Die Rechtfertigungsgründe...*, in RPS 1964, pp. 166 s. et 194 ss. (mais ce dernier auteur fait un rapport avec la théorie de la pondération des biens, « Wertabwägungstheorie », qui se fonde sur la nature de l'intérêt atteint). En ce qui concerne la condition b), contra WAIBLINGER, FJS 1207, pp. 1 s. ; HAFTER, A.T., pp. 168 ss. ; NOLL, *loc. cit.*, pp. 195 s.

⁵⁴ Partagent cet avis : STRATENWERTH, *Strafrecht*, p. 124 ; NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, p. 134 ; JACOMELLA, *Il consenso del leso*, in RPS 1945, p. 361 ; cf. encore MAURACH, A.T., p. 344 ; MEZGER-BLEI, A.T., p. 126 ; WELZEL, *Das d. Strafr.*, p. 97 ; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 284 ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. 46 § 51 ; GEERDS, *Einwilligung und Einverständnis im Strafrecht*, in Golt-dammers Archiv, 1954, p. 262 ; du même auteur, *Einwilligung und Einverständnis*

dernière phrase fait nettement allusion au mobile de l'acte⁵⁵. Néanmoins, certains auteurs ajoutent qu'il n'est pas nécessaire que l'agent ait décidé d'agir à la suite de ce consentement⁵⁶.

A notre avis, il ne serait pas légitime ni conforme à l'idée de justice que l'auteur d'un acte punissable fût complètement justifié en raison du consentement du lésé, lorsque ce consentement existait objectivement mais que l'auteur n'en avait pas la moindre idée. La justification dans le cas du consentement est essentiellement fondée sur un élément psychologique, celui selon lequel l'auteur agit en respectant la volonté du lésé, et ce n'est que ce facteur qui donne une autre coloration à son acte⁵⁷. Ce consentement, connu de l'auteur, doit faire naître un mobile l'incitant à agir. Mais il n'est point nécessaire, à notre avis, que ce mobile soit le mobile unique de l'acte. Par cette solution pourraient être conciliés les avis divergents des pénalistes relativement à ce sujet.

des Verletzten im Strafgesetzentwurf, in ZStW. 72, p. 42 ; DÉDÈS, *La théorie des éléments subjectifs* (en grec) in Ann. Pén. 1956, p. 432.

Contra : HAEFLIGER, *Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, in RPS 67, 1952, pp. 93 s. ; WAIBLINGER, FJS 1207, pp. 6 s. ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 86 (c) et pp. 131 ss. ; ce dernier tient particulièrement compte du cas de l'agent provocateur. Nous pensons que ce cas pourrait parfois être résolu selon l'article 19 du CPS. Mais alors la question serait posée de façon inverse : selon SCHWANDER, lorsque l'auteur agit sans connaître le consentement de l'agent provocateur, le caractère injuste de son acte est levé ; à notre avis, il n'existe pas de vrai consentement chez l'agent provocateur ; mais l'auteur peut être jugé selon l'art. 19 (erreur sur les faits), dans le cas où il croyait que l'agent provocateur consentait, alors qu'en réalité il ne consentait pas. Bien entendu, il ne s'agit ici que des cas où un droit auquel l'agent provocateur peut renoncer est en jeu. Quant à l'agent provocateur lui-même, v. SCHULTZ, FJS 1190, ch. X ; MEZGER-BLEI, A.T., p. 298 ; STRATENWERTH, *Strafrecht*, A.T., p. 240. Cf. encore OEHLER, *Das Objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1959, p. 175 ; KATSANDONIS, *Le consentement du lésé en droit pénal* (en grec), 1957, p. 145 ; FILIPPIDIS, *Le consentement de la victime* (en grec), 1951, pp. 106 ss.

⁵⁵ V. JESCHECK, *Lehrbuch* 284 ; MAURACH, A.T., p. 344 ; DREHER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1970, Vorb. 2 A, § 51 ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. 46, § 51 ; WELZEL, *Das d. Strafr.*, p. 97.

⁵⁶ MEZGER-BLEI, A.T., p. 126 partagent cet avis ; STRATENWERTH paraît également ne pas admettre qu'il s'agisse d'un mobile : v. *Strafrecht*, A.T., p. 124, et comparer avec la p. 144.

⁵⁷ Il faut cependant mentionner l'opinion intéressante de WAIBLINGER, FJS 1207, pp. 6 s., selon laquelle, contrairement à ce qui se passe avec les autres causes justificatives qui ont un côté purement subjectif, ici c'est l'objet de l'acte qui intervient ; cet « objet est dépouillé de la protection du droit pénal par un acte de volonté du lésé et devient ainsi un objet impossible de l'infraction » (p. 71) ; c'est un cas analogue à celui de l'héritier qui vole un objet du de cuius sans savoir qu'il en est l'héritier. C'est pourquoi WAIBLINGER considère que, dans cette cause justificative exceptionnellement, il n'est pas requis d'élément subjectif spécial chez l'agent (c'est-à-dire connaissance du consentement, et, à notre avis, un mobile correspondant).

2. La majeure partie des auteurs font une distinction entre l'accord (« Einverständnis ») et le consentement (« Einwilligung »). Le premier terme concerne les délits où une opposition psychique de la victime est explicitement ou implicitement requise par la structure juridique de ce délit (par exemple vol, viol). Si la victime est consentante, alors le délit n'existe pas, en raison de l'absence d'un élément indispensable à l'existence de ce type (Tatbestand) ; tandis que, dans les vrais cas de consentement (Einwilligung), c'est le caractère illicite de l'acte (Rechtswidrigkeit) qui est absent⁵⁸. Cette distinction se révèle des plus douteuses lorsqu'on approfondit ces deux cas⁵⁹. D'ailleurs, même dans le consentement, le délit n'a jamais, à notre avis, existé, car, lorsqu'il existe une cause de justification, l'acte n'a jamais été illicite ; il manque donc toujours un élément du « Tatbestand » (au sens large). Néanmoins la doctrine qui prévaut en Allemagne considère que cette distinction a des conséquences pratiques : il n'est pas exigé en effet qu'existent dans les cas d'« Einverständnis » les conditions nécessaires au consentement, telle la condition qui veut que le consentement ne soit pas contraire aux bonnes mœurs⁶⁰. Bien entendu, cette conséquence n'entre pas en ligne de compte pour les auteurs qui, comme *Hafter*, *Noll* et *Waiblinger*, n'admettent pas la moralité comme condition du consentement.

Le consentement ne peut évidemment pas intervenir dans les délits opposés à ceux qui sont mentionnés plus haut, soit dans les délits où le consentement est sous-entendu par la structure juridique du délit même ; c'est le cas de la séduction d'une mineure de plus de seize ans (art. 196), de l'enlèvement d'une femme après l'obtention de son consentement par la ruse ou des menaces (art. 183) et de l'usure (art. 157) ; dans tous ces cas il y a délit, en dépit du consentement de la victime⁶¹.

⁵⁸ Sur cette distinction, v. JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 246 ; MEZGER-BLEI, A.T., p. 123 ; MAURACH, A.T., p. 344 ; SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorb. 34 ss. § 51.

⁵⁹ V., dans ce sens, STRATENWERTH, *Strafrecht*, A.T., pp. 120 s. ; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959, pp. 129 s. Il nous semble que l'opinion contraire transfère à tort le processus noétique du juriste à l'acte : en effet, nous examinons auparavant l'existence du délit objectif, puis nous constatons l'existence d'une cause justificative ; celle-ci fait que nous jugeons comme licite l'acte qui, de prime abord, apparaissait délictueux. Mais l'acte a été commis en une seule fois et non par phases successives, et il était licite dès le début.

⁶⁰ V. WELZEL, *Das d. Strafr.*, p. 96 ; MAURACH, A.T., § 28 I 4 et MEZGER-BLEI, I § 38 II. — V. un exemple de traitement différent de l'acte selon qu'on accepte qu'il s'agit de l'un ou l'autre cas, MAURACH, A.T., p. 345.

⁶¹ V., p. ex., JdT IV 71 (73 lit. b *in fine*) sur l'usure.

a) *Consentement présumé (mutmassliche Einwilligung).*

Il s'agit encore d'une cause de justification qui est reconnue par la doctrine pénale de presque tous les pays.

En Suisse, en prenant comme premier fondement les articles 419 et 422 CO (*negotiorum gestio*), on a formé une cause justificative supralégale, qui sort du cadre de la gestion d'affaires.

Cependant, en Suisse comme dans les autres pays, il n'y a pas unanimité sur les conditions nécessaires à cette cause justificative. Pour les uns, deux conditions sont nécessaires : 1. agir selon la volonté présumée du lésé ; 2. agir dans l'intérêt du lésé. Les autres considèrent comme suffisant ou au moins comme prépondérant l'un ou l'autre de ces éléments subjectifs⁶². Nous admettons l'opinion libérale de Noll selon laquelle, si l'on admettait qu'il est licite d'agir dans l'intérêt d'autrui, mais sans présumer son consentement, on contredirait alors sa liberté personnelle par une hyper-protection, assurée par autrui, de ses intérêts. D'autre part, le consentement présumé, sans être combiné avec l'intérêt du lésé, présenterait aussi un danger pour sa liberté, car celui-ci serait exposé à des dommages d'après ce qu'un autre a pensé qu'il serait conforme à sa volonté.

Si l'on adopte l'opinion de Noll, on ne peut pas reconnaître comme licites les actes commis en premier lieu dans l'intérêt de *l'agent*, qui, cependant, croyait au consentement du lésé⁶³. Nous pensons que cette opinion doit être retenue pour une autre raison encore : c'est que le trait caractéristique de la cause justificative du consentement est qu'il s'agit d'un *conflit d'intérêts appartenant à une seule personne, la victime*. Si c'est un intérêt de l'agent qui est en conflit avec l'intérêt

⁶² En Allemagne, il est des auteurs qui en font même deux causes justificatives distinctes « *vermutete Einwilligung* » et « *Handeln im Interesse des Verletzten* » (v. MAURACH, A.T., p. 347) ; WAIBLINGER, en Suisse, parle de « *negotiorum gestio* », qu'il explique : « acte accompli au profit ou avec le consentement du lésé. » Nous ajoutons que les auteurs qui se contentent du consentement présumé, ou qui le considèrent comme essentiel, y font entrer, mais de façon indirecte et insuffisante, la notion d'intérêt du lésé, en ajoutant que le consentement présumé devrait être suggéré par la logique (« *vernünftig* ») ou apprécié de façon *objective* ; H. MAYER, *Lehrbuch*, p. 168 ; MAURACH, A.T., p. 348 ; STRATEN-WERTH, A.T., p. 125 ; MEZGER, *Lehrbuch*, pp. 219 s., ainsi que MEZGER-BLEI, A.T., pp. 127 s. ; WAIBLINGER, FJS 1207, p. 8. Contra : FRANK, *Das Strafgb.*, qui se contente du seul intérêt. Exigent les deux éléments (consentement présumé et intérêt) : NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz...*, pp. 196 s. ; WELZEL, *Das d. Strafr.*, pp. 96 ss. ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Vorbem.* 48 ss., part. 48 d, ad § 51.

⁶³ V. NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, p. 138, et du même auteur, *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz...*, loc. cit., p. 197 (avec exemple). Contra : WAIBLINGER, FJS 1207, p. 8.

de la victime, c'est l'essence même du consentement qui change ; partant, il ne pourrait pas y avoir, dans ce cas, consentement. En revanche, il pourrait y avoir une autre cause justificative, par exemple l'état de nécessité ou une cause d'excuse, si les conditions requises pour l'une ou l'autre sont remplies.

Conformément à l'opinion que nous avons admise, le côté subjectif de cette cause justificative doit comporter la croyance de l'agent que l'acte qu'il a commis est conforme à la volonté du maître (qui est aussi le lésé) et aux intérêts de celui-ci. Si donc X a cassé les vitres de la chambre à coucher de Y par méchanceté, mais que par son acte il ait sauvé Y, sans le savoir et sans le vouloir, d'une asphyxie par absorption de gaz, il n'est pas justifié⁶⁴. Le mobile de l'agent correspondant à la croyance précitée, même s'il n'est pas unique, est un élément indispensable pour que cet acte devienne licite.

f) Opérations chirurgicales.

Cette cause justificative est considérée par certains auteurs comme un cas spécial du consentement ; dès lors ils considèrent le consentement comme essentiel, mais ils requièrent d'autres éléments encore, notamment celui d'agir lege artis et celui d'agir dans des intentions curatives. Dans les cas où le consentement ne peut pas être donné (par exemple intervention urgente sur une personne qu'on a trouvée inconsciente dans la rue), c'est le consentement présumé (*mutmassliche Einwilligung*) qui entre en ligne de compte⁶⁵.

D'autres pénalistes, adeptes de la théorie qui prévaut actuellement en Suisse et ailleurs, excluent la possibilité qu'une opération faite à des fins de guérison puisse constituer une lésion corporelle : « la guérison d'une maladie n'est pas une lésion, mais un rétablissement du corps dans l'état où il doit être »⁶⁶. Il ne s'agit que d'une lésion

⁶⁴ Partagent cet avis MAURACH, A.T., p. 349 ; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 286 ; SCHMIDHÄUSER, A.T., 244. Contra : MEZGER in GS 89, p. 291 ; BAUMANN, A.T., pp. 319 s.

⁶⁵ La jurisprudence allemande admet constamment que toute opération chirurgicale est illicite, mais que l'illicéité peut être levée par le consentement, réel ou présumé, de la victime (V. RG 25 375, RG 74 352, RG 61 252, BGH 12 379). Dans le même sens : DOHNA, *Ein neues Grundriss des Strafr.*, in ZStW. 60, 292 ; BAUMANN, *Körperversetzung oder Freiheitsdelikt?* in NJW 85, pp. 2092 ss.

⁶⁶ WAIBLINGER, FJS 1204, p. 14 ch. 30 ; c'est également l'avis de GERMANN, *Methodische Grundfragen*, p. 15 ; de NOLL, *Übergesetzliche...*, loc. cit., pp. 88 ss. ; de A. HAEFLIGER, *Rechtmässigkeit der durch Gesetz- oder Berufspflicht gebotenen Tat*, in RPS 1964, p. 39 ; de BOCKELMANN, *Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten*, in JZ 62, pp. 525 ss. ; de MAURACH, B.T. § 8 II.

apparente (scheinbare Rechtsgutsverletzung). Quant au consentement, il n'est qu'une condition formelle et non un fait justificatif.

Mais lorsqu'il s'agit d'une opération qui a échoué, cette opinion présente des variantes.

En Suisse on admet alors que la « typicité » de la lésion corporelle existe et que s'il y a négligence, l'acte est même illicite ; l'acte est dans ce dernier cas puni en tant qu'acte commis par négligence ⁶⁷.

En Allemagne, bien qu'au fond on admette la même solution, la question est envisagée par la doctrine d'une façon plus complexe. On examine si l'opération qui a échoué a été pratiquée *lege artis* ou, au contraire, de façon fautive. Dans ce dernier cas, on admet unanimement l'existence d'une lésion corporelle, c'est-à-dire qu'on admet l'existence de la « typicité » (Tatbestand) et de l'illicéité ⁶⁸ ; mais les opinions divergent quand l'opération qui a échoué fut exécutée *lege artis*. Tous sont d'accord sur l'impunité du médecin dans ce cas, mais les uns fondent cette impunité sur l'absence de la « typicité », pour des raisons diverses ⁶⁹ ; les autres sur l'absence d'illicéité, s'il existe les conditions d'une cause justificative, par exemple le consentement du lésé ou le devoir professionnel ; on soutient toutefois que, s'il n'existe pas de cause justificative de cet acte — qui, partant, est illicite —, celui-ci n'est cependant pas blâmable : c'est la reprochabilité qui fait défaut, donc la culpabilité ⁷⁰.

La solution des problèmes dogmatiques concernant les opérations chirurgicales excède le cadre de notre étude. Ce qui intéresse notre sujet est le fait que le côté subjectif, soit le mobile et le but de guérir le malade, est un élément essentiel selon les deux théories, celle qui admet le manque de typicité comme celle qui y voit une cause justificative. La volonté de guérir (« Heilwille ») est considérée par les

⁶⁷ V. les auteurs cités dans la n. précédente.

⁶⁸ Cela dépend des circonstances concrètes : s'agit-il de dol éventuel ou de négligence ?

⁶⁹ V. Eb. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, pp. 72 et 78 ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 223 Bem. 10 ; BOCKELMANN, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 1956-1960, vol. 7, p. 191 ; WELZEL, *Das d. Strafr.*, § 39 I 3 ; NIESE, *Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff*, in Eb. Schmidt-Festschrift 1961, p. 369 ; MAURACH, B.T., § 8 II 2 et 3 ; SCHRÖDER, *Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafr. und im Stgb. Entwurf 1960*, in NJW 61, pp. 951 ss.

⁷⁰ Il ne pourrait s'agir dans ce cas que d'un acte commis par négligence ; c'est donc la négligence même qui fait défaut. V. MAURACH, B.T., § 8 II, 2, A.T. § 44 II A. Nous notons que les projets du C.P. All. 1960 et 1962 (§§ 161 et 162) font une réglementation législative du problème entier. Sur cette nécessité v. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in Festschrift für Heintz, pp. 800 ss.

adeptes de la première comme un élément subjectif qui, non seulement ne correspond pas au dol requis pour le délit de lésion corporelle, mais encore en est l'opposé. Les buts curatifs (Heilzwecke) sont considérés par les partisans de la seconde comme l'élément essentiel au fondement d'une cause justificative dans ce cas ⁷¹. Derrière la volonté de guérir comme derrière les buts curatifs ou thérapeutiques, se cache toujours un mobile correspondant, — bien que ce ne soit peut-être pas le seul — dont découlent cette volonté et ces buts. Et c'est précisément le caractère non antisocial de ce mobile, ou plutôt sa qualité de mobile utile à la vie en société, qui pèse pour l'extinction du dol ou de l'illicéité.

Sur ce point nous ne croyons pas inutile de faire une remarque. Certains auteurs font absorber le but curatif (et par conséquent également le mobile) par l'exécution *lege artis*. Il nous semble que ce but est le côté subjectif qui fait le pendant au côté objectif en question (c'est-à-dire l'exécution *lege artis*). Mais ces deux éléments (but thérapeutique et exécution *lege artis*) devraient, à notre avis, être considérés comme deux éléments distincts : cet élément subjectif en effet peut quelquefois faire défaut, alors que l'élément objectif (l'exécution *lege artis*) existe. Si donc un médecin, après avoir obtenu le consentement du malade, pratique une opération *lege artis*, non dans des intentions thérapeutiques, mais dans des desseins expérimentaux, il s'agit là d'un acte illicite, excepté si, dans ce cas, des dispositions légales spéciales viennent étayer une cause justificative ⁷². Les opérations à buts esthétiques, même si elles sont exécutées *lege artis*, ne pourraient être justifiées que par la cause justificative qu'est le consentement de la victime ⁷³, pourvu que toutes les conditions de cette cause justificative soient remplies et dans la mesure où celle-ci peut entrer en ligne de compte dans le cas des lésions corporelles ⁷⁴.

⁷¹ V., p. ex., MAURACH, B.T., § 8 II 1 (*ad finem*) ; ENGLISH, *Ärztliche Eingriffe zu Heilzwecken und Einwilligung*, in ZStW. 58, pp. 1 ss. ; du même auteur, *Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation*, in STICH-BAUER, *Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen*, 2^e éd., 1958, pp. 1521 ss. ; Eb. SCHMIDT, *Ärztliches Strafrecht*, in PONSOLD, *Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin*, 2^e éd., 1957, pp. 33 ss. ; NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe...*, p. 89, SCHWANDER, *op. cit.*, n° 175, 4.

⁷² V. WAIBLINGER, FJS 1204 ch. 30 et 1207 ch. 7.

⁷³ V. HAEFLIGER, *loc. cit.*, pp. 40 s.

⁷⁴ V. sur ce sujet, HAFTER, A.T., pp. 169 s. ; GERMANN, *Methodische Grundfragen*, *loc. cit.*, p. 15.

C) L'ÉLÉMENT SUBJECTIF DANS LES CAUSES D'EXCUSE
SELON LE DROIT SUISSE.

1. Dans cette catégorie, la doctrine et la jurisprudence rangent tous les cas de l'impossibilité subjective (« *subjektives Unvermögen* »), soit tous les cas où un homme est excusé, selon l'opinion de la société à laquelle il appartient, d'avoir agi comme il l'a fait, vu les circonstances dans lesquelles il s'est trouvé. Le mobile de l'agent alors, sans être utile à la vie en société, n'est cependant pas asocial ou antisocial puisqu'il est conforme à la nature humaine.

Outre les cas déjà mentionnés d'excès de légitime défense et d'excès d'état de nécessité dans des circonstances qui les rendent excusables⁷⁵, cas qui devraient être rangés dans la présente catégorie, comme nous l'avons déjà dit, on peut encore inclure dans celle-ci tous les cas où l'agent, s'étant trouvé confronté à des circonstances extraordinaires, a agi sous une pression psychique exceptionnelle qui l'a conduit à choisir entre deux biens, dont celui qui lui est apparu le moins important, sans qu'il le soit forcément, devait être lésé.

Le TF a tiré ce principe, en recourant à un argumentum a contrario, de l'art. 18 ch. 3 du CPS⁷⁶, notamment du passage suivant : « L'imprévoyance est coupable quand l'auteur de l'acte n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle ». Il pourrait donc ne pas exister de culpabilité si l'auteur de l'acte était dans l'impossibilité de prendre les précautions appropriées en raison des circonstances extraordinaires et de la situation personnelle dans laquelle il s'est trouvé.

Le TF, en application de ce principe, a admis, par plusieurs de ses arrêts, que l'on peut excuser le conducteur qui n'a pas réagi de la meilleure façon possible, lorsque, en raison d'une transgression des règles de circulation par autrui, il s'est soudain trouvé dans une situation dangereuse⁷⁷.

⁷⁵ Mais non pas au même degré selon le CPS (art. 33 : excuse atténuante ou absolutoire ; art. 34 : atténuante) ; ce n'est donc que dans le cas d'excès de légitime défense qu'il pourrait s'agir d'une cause excluant la culpabilité. Néanmoins l'atténuation que ces art. prévoient est une atténuation libre (v. *supra*, p. 172).

⁷⁶ V. ATF 1943 IV 232 E 5. — SCHWANDER, *op. cit.*, p. 108, n° 220 est du même avis.

⁷⁷ ATF 61 I 432, 63 I 159, 66 I 320. Le TF a également reconnu en principe le « *subjektives Unvermögen* » comme cause d'excuse dans l'ATF 83 IV 84 s.

En Allemagne, on considère les cas apparentés de la « Nicht-zumutbarkeit » ou « Unzumutbarkeit » non comme une cause d'excuse générale, selon l'opinion dominante, mais comme une cause d'excuse seulement dans les cas du § 52 (Nötigungsstand, contrainte irrésistible) et du § 54 (Notstand, état de nécessité)⁷⁸ qui, après la 2^e loi modificatrice du C.P. All., a été remplacé par le nouveau § 35.

2. *Le conflit de devoirs* (Pflichtenkollision) figure aussi dans cette catégorie, mais seulement si les devoirs en conflit sont de valeur égale.

Il s'agit, pourrait-on dire, d'un cas spécial d'état de nécessité⁷⁹, car le conflit de devoirs consiste en ce fait que, si un devoir est accompli, un autre, par la force des circonstances, ne le sera pas. Ainsi, l'unique médecin d'un village est appelé à soigner une personne très gravement malade et, en même temps, une autre grièvement blessée. S'il soigne l'une, il délaissera l'autre par la force des choses.

Un tel conflit conduit donc à l'*inexécution d'un devoir*. L'auteur de cet acte négatif s'est trouvé, sous l'influence d'une pression psychologique, dans l'embarras au moment de choisir le devoir qu'il devait fatalement délaisser. Mais quand le conflit de devoirs justifie-t-il l'acte et quand l'excuse-t-il simplement ? Il est unanimement admis que lorsque l'agent a préféré le devoir le plus important et délaissé le moins important, l'acte est justifié. Il est aussi unanimement admis que lorsqu'il a sacrifié le devoir le plus important mais que, vu les circonstances concrètes, on ne pouvait pas exiger qu'il se comportât autrement, il s'agit d'une cause d'excuse.

En revanche, il y a controverse quand il s'agit de savoir si l'agent qui avait affaire à deux devoirs de valeur égale en conflit, est justifié

(bien qu'il n'ait pas considéré le cas jugé comme un cas de « subj. Unvermögen »). V. également SCHULTZ, *Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr...*, 1964, pp. 32-33.

⁷⁸ Ansi, BAUMANN, *op. cit.*, A.T., p. 423 ; KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. III, § 51 ; MAURACH, *op. cit.*, A.T., pp. 388 ss. ; MEZGER, *Leipz. Komm.*, Vorb. 12e, § 51 ; OLSHAUSEN Vorb. 8 s. § 51 ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, Bem. 91, § 51 ; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 380. Contra : LISZT-SCHMIDT, *op. cit.*, p. 263 et auparavant MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, pp. 370-374. Néanmoins il est certains cas où une partie de la doctrine et de la jurisprudence allemandes ont admis une cause de justification *supralégale* mais non générale ; ainsi : Eb. SCHMIDT, in *Süd. JZ* 49, p. 559 ; v. WELZEL, *Das d. Strafr.*, § 23 III ; du même auteur, *Zum Notstandsproblem*, in *ZStW.* 63, p. 51 ; GALLAS, in *Mezger - Festschrift*, p. 332 ; SCHMIDHÄUSER, A.T., p. 378 ss. Le représentant le plus extrémiste de la généralisation de cette cause d'excuse est FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 1922, p. 26.

⁷⁹ C'est pourquoi les auteurs allemands le couvrent également par la « Unzumutbarkeit », v. MAURACH, A.T., p. 394 ; MEZGER-BLEI, A.T., p. 234 ss.

ou simplement excusé en délaissant l'un des deux. Selon l'opinion qui prévaut, l'agent, dans ce cas, est justifié ⁸⁰.

Cette opinion nous semble juste, bien que nous ayons admis, dans l'introduction théorique de ce chapitre IV, le principe selon lequel l'agent est justifié lorsqu'il a sacrifié un bien de valeur inférieure, tandis qu'il est excusé lorsqu'il a sacrifié un bien de valeur égale. Cela pour la raison que, dans le conflit de devoirs, *on est obligé* de léser un droit ou un intérêt appartenant à un tiers. En revanche, dans l'état de nécessité, *on peut* ne pas léser le droit d'autrui, en sacrifiant son propre intérêt ou droit. Dans le conflit de devoirs, même la meilleure volonté et les meilleurs sentiments de l'agent sont impuissants à empêcher la lésion (négligence) d'un intérêt appartenant à autrui. Dès lors, un tel acte ne peut être que juste, lorsque l'intérêt qui est négligé est de valeur égale à celui qui fut satisfait ⁸¹.

Citons quelques exemples. Deux personnes qui ont besoin des soins de l'unique médecin d'un village courent un danger égal. Le médecin est justifié si, en choisissant un devoir, il n'accomplit pas l'autre. Mais si, chez une personne, c'est la vie qui est en péril, tandis que, chez l'autre, c'est l'intégrité corporelle, ou si la vie des deux personnes est en danger, mais avec un risque d'un degré différent, le médecin de notre exemple en choisissant l'accomplissement du devoir le plus important ou le plus urgent, est du même coup justifié de ne pas accomplir l'autre. Mais s'il choisit le devoir le moins important (par exemple soigner la personne qui était en moindre danger), il n'existe pas même de cause d'excuse. Lorsqu'il s'agit d'une erreur, on appliquera l'art. 19. Néanmoins, s'il s'agit d'un cas d'impossibilité subjective (subjektives Unvermögen), le médecin alors est excusé ; par exemple, lors d'un tremblement de terre, le médecin, s'étant trouvé également dans les décombres et étant légèrement blessé, n'a pas pu, dans la confusion générale, bien apprécier le degré de danger que courait chacun des blessés.

Le cas le plus important du point de vue pratique est celui du conflit opposant le devoir de secret d'une part et le devoir de témoigner ou de faire une expertise d'autre part : dans ce cas aussi la

⁸⁰ V. NOLL, *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz...*, p. 184 ; MANGAKIS, *Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts*, in ZStW. 1972, p. 477 ; MAURACH, A.T., p. 395, bb. Contra : MEZGER-BLEI, A.T., p. 235, II.

⁸¹ Il faut noter qu'en Suisse doctrine et jurisprudence peuvent élaborer ce sujet d'une façon plus créatrice qu'en Allemagne, puisque le CPS laisse la question ouverte.

pondération des intérêts concrets qui sont en conflit dans le cas concret doit toujours donner la solution ⁸².

Mais il se peut que les biens ne soient pas commensurables dans *le cas concret* (par exemple, une lésion corporelle plutôt légère d'un côté et une privation de liberté d'une certaine durée de l'autre ; ou bien l'intérêt qu'a un individu de ne pas voir son médecin dévoiler une tare héréditaire dont il est affligé et l'intérêt opposé de sa future épouse) ; il faut alors admettre qu'il s'agit là d'une cause d'excuse ⁸³.

Dans la doctrine allemande, certains auteurs considèrent comme une cause d'excuse le *conflit opposant devoir moral et devoir légal* ⁸⁴. Dans ce cas, l'auteur de l'acte a également agi sous l'effet d'une pression psychique extraordinaire qui lève la culpabilité, non que cette pression ait atteint un degré tel que l'auteur ait perdu sa faculté de discernement, donc sa responsabilité, mais parce que le blâme moral fait défaut ici en raison de la qualité morale de cette pression, caractérisée par l'embarras créé dans la conscience morale de l'auteur, qui est obligé de choisir entre deux devoirs en conflit, soit entre le devoir suggéré par la morale et celui qui lui est imposé par la loi. L'auteur est ainsi excusable, quand bien même il aurait choisi le devoir le moins important, puisque ce choix fut le résultat de sa conviction profonde.

Ce dernier cas met en relief, plus que tous les autres, le rôle que joue le mobile dans les causes d'excuse. Ce n'est que le mobile qui empêche dans le cas examiné ici qu'un acte objectivement illicite, mais profondément moral, puisse être un acte punissable.

3. *La force (physique) irrésistible* exercée sur l'agent lève aussi la culpabilité, mais plutôt en supprimant la responsabilité (*Zurechnungsfähigkeit*). Est considéré comme agent, bien qu'il ait agi par la main

⁸² V. NOLL, *loc. cit.*, p. 184 ; MAURACH, A.T., § 33 III 3 bb.

⁸³ De cet avis sont MAURACH, A.T., pp. 395 ss. ; JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 377 ss. ; SCHMIDHÄUSER, A.T., p. 380 ; DREHER, *Stgb.*, 1970, 2 F b ad § 51.

⁸⁴ V. Eb. SCHMIDT in *Süd. JZ* 49, pp. 568 ss. ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, Vorbem. 94 § 51 ; Arrêt du R.G. 36 78 ; BAUMANN, A.T., p. 462 ; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 378 ; MAURACH, A.T., p. 398. Les auteurs suivants envisagent la question de façons diverses : BRAUNECK, in GA, 1959, pp. 271 ss. (comme cause de justification) ; MANGAKIS, *Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts*, *loc. cit.*, pp. 478 (comme cause de justification, mais en distinguant des groupes) ; OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 1965, pp. 105 ss.

d'un autre, celui qui a exercé la force ; c'est lui qui est punissable et non celui qui a matériellement agi comme instrument du premier ⁸⁵.

Le cas de contrainte physique (Nötigungsstand) diffère de l'état de nécessité, dont il constituerait ainsi une forme spéciale, en ce qu'il suppose *qu'une personne* exerce cette contrainte, ce qui n'est pas requis dans l'état de nécessité ⁸⁶.

Le cas de la *contrainte morale* diffère du cas de la force physique irrésistible en ceci que la pression psychique ainsi exercée est d'une intensité nettement inférieure à celle de la pression physique. L'agent, ici, a été placé simplement devant les conséquences qui lui seraient préjudiciables dans le cas où il accomplirait son devoir. La contrainte morale diffère aussi du conflit de devoirs à un double point de vue : 1° dans le cas de la contrainte morale, cette pression est exercée par autrui, tandis que, dans celui du conflit de devoirs, elle est exercée par la conscience de l'agent lui-même ; 2° dans le conflit de devoirs, l'auteur a agi selon son sentiment moral, obéissant à un impératif intérieur, catégorique, tandis que dans la contrainte morale il a agi contrairement à cet impératif, cédant à la tentation ; c'est là la différence essentielle qui existe entre les deux cas. L'auteur n'est donc pas excusable dans le dernier cas ; mais il peut arriver que cet état de contrainte morale constitue une circonstance atténuante, en vertu de l'art. 64.

4. Le cas de *l'ordre du supérieur* est controversé à plus d'un point de vue ⁸⁷. Tout d'abord, on discute la question de savoir s'il existe l'obligation pour un subalterne d'obéir à un ordre illégal. La question doit être résolue principalement en tenant compte des règles du droit administratif de chaque pays. Si ce droit impose une telle obligation — c'est-à-dire l'obligation d'obéir sans examiner la légalité de l'ordre du supérieur — et, dans la mesure où il l'impose, le subalterne ne doit pas être puni. C'est le supérieur qui le sera.

⁸⁵ Ainsi SCHWANDER, *op. cit.*, p. 108.

⁸⁶ Ainsi SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, Bem. 1, § 52. Il diffère aussi de la légitime défense parce que, dans le cas de la force physique irrésistible, on agit conformément à cette pression humaine, tandis que, dans celui de la légitime défense, on agit pour repousser une attaque humaine.

⁸⁷ V. sur ce sujet STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, Tübingen, 1958 ; A. HAEFLIGER, *Das richterliche Ermessen bei Beurteilung der auf Befehl begangenen Straftat*, in RPS 1959 (75), pp. 266 ss. ; E. HOFFMANN, *Der rechtswidrige, insbes. der verbindliche Rechtswidrige Befehl im schweiz. Strafr.*, Berne, 1938 ; BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel dir. pen.*, 1934 ; SANTORO, *L'ordine del superiore nel dir. pen.*, 1957 ; G. MANGAKIS, *Le conflit de devoirs dans le dr. pén.*, 1955, pp. 93-113 (en grec) ; P. PAPADATOS, *Le problème de l'ordre d'un supérieur hiérarchique en dr. pén.*, 1961 (en grec), *Le problème de l'ordre reçu en dr. pén.* (en français), 1964.

Le problème suivant est également controversé : cette obéissance lève-t-elle le caractère injuste ou la culpabilité ?⁸⁸ Cette dernière controverse n'a pas qu'un caractère théorique : si c'est seulement la culpabilité qui est levée, le citoyen, contre qui l'acte ordonné est exécuté, a le droit de se défendre légitimement, cependant qu'il n'en a pas le droit si le caractère injuste de l'acte est levé. Cette conséquence revêt une importance exceptionnelle dans ces cas, puisqu'il s'agit d'actes commis par les fonctionnaires publics et qu'ils concernent les intérêts des citoyens. C'est pourquoi la solution qu'on donnera à ce problème ne pourra que refléter la conception générale qui inspire les relations entre les citoyens et l'Etat dans un pays donné.

Nous pensons que les solutions les plus justes sont les suivantes : en principe, le subalterne n'est pas tenu d'obéir à un ordre illégal, sauf dans les cas exceptionnels où cette obéissance est explicitement ou implicitement imposée par la loi, telles l'exécution d'un arrêt judiciaire interprétant la loi de façon erronée ou l'exécution de l'ordre donné par un militaire à son inférieur en temps de guerre.

Quant au second problème, l'acte continue d'être injuste en tant qu'acte ; ce n'est que la culpabilité qui est transférée de la personne de l'agent exécutant à celui qui l'avait ordonné et qui en est l'auteur effectif⁸⁹.

En Suisse, on admet que l'ordre du supérieur n'exclut jamais l'illégalité d'un acte, même si le supérieur était compétent pour donner l'ordre. La question est de savoir si le subalterne est excusable ou s'il ne subira qu'une peine atténuée selon l'art. 64 VI. En règle générale, on admet que l'ordre constitue simplement une circonstance atténuante et, exceptionnellement, une cause d'excuse. Si l'on considérait l'obéissance à l'ordre illégal du supérieur comme un devoir de fonction, on devrait, selon l'art. 32 du CPS, considérer que cet ordre lève l'illicéité. Mais cette espèce d'obéissance n'est pas admise par le droit public suisse. La solution donnée est d'ailleurs conforme non seulement à l'esprit démocratique qui marque le droit public helvétique, mais encore aux dispositions du CPM suisse. En effet, selon l'art. 18 I de ce code, sont punissables non seulement le supérieur, mais aussi l'inférieur qui obéit à l'ordre, si ce dernier s'est rendu compte qu'il s'agissait de commettre un crime ou délit ; néanmoins, l'inférieur

⁸⁸ MAURACH, A.T., p. 353 ; BAUMANN, *op. cit.*, p. 326 ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, Vorbem. 23 § 51.

⁸⁹ Le C.P. Gr. a suivi la solution opposée, art. 21. Pour la solution que nous retenons, v. MEZGER, *Strafrecht, ein Studienbuch*, 1960, § 45, pp. 121 s. ; PAPA-DATOS, *op. cit.* (en français), pp. 52 ss.

pourra jouir d'une atténuation facultative⁹⁰. Or, il est évident qu'on ne peut pas exiger plus d'obéissance dans le service public civil que dans l'armée et, par conséquent, les fonctionnaires publics ne sont pas tenus par l'ordre injuste de leur supérieur et sont tout aussi responsables s'ils l'exécutent ; ils ne peuvent dans ce cas jouir que d'une atténuation de leur peine⁹¹.

En tout cas, lorsque l'ordre du supérieur constitue une cause d'excuse, le mobile de l'agent n'est pas asocial. Celui-ci n'a comme mobile que l'obéissance à son supérieur, obligation qui lui est imposée par la loi de son pays, donc, au fond, l'obéissance à la loi. Dans ces cas exceptionnels, la loi, appréciant deux biens — à savoir celui du respect de la discipline hiérarchique et le bien lésé par l'acte illégal ordonné — a considéré le premier comme plus important pour le bon fonctionnement de la société. Par conséquent, le mobile de l'auteur est conforme à l'intérêt social et, comme tel, lève la culpabilité de l'acte du subalterne et notamment le blâme moral. Mais, puisque ce mobile n'existe pas chez celui qui ordonne et que l'acte a été, en fait, exécuté par lui (qui s'est servi du subalterne comme d'un simple instrument), cet acte est blâmable et, partant, punissable pour celui qui l'ordonne, alors qu'il est excusable pour l'exécuteur de l'ordre.

5. En conclusion, nous estimons opportun de souligner que, d'après ce qui résulte de l'examen que nous venons de faire, dans tous les cas où la culpabilité est levée parce que l'auteur est considéré comme excusable, son attitude psychique joue un rôle prépondérant, et cela d'une façon plus évidente que dans les causes de justification. Il s'exerce toujours sur l'âme de l'auteur une pression intense due à des circonstances spéciales. Néanmoins, cette pression psychique ne suffit pas à lever la culpabilité⁹². Il faut encore qu'elle aille de pair

⁹⁰ V. WAIBLINGER, FJS 1204, ch. 26 ; HAFTER, A.T., pp. 161 et 183.

⁹¹ V., outre les auteurs cités à la note précédente, LOGOZ, *op. cit.*, P.G., p. 128 ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 108 n° 219 ; HAEFLIGER, *Das richterliche Ermessen bei Beurteilung der auf Befehl begangenen Tat*, in *Mélanges Hermann, 1959* (RPS 75), pp. 266 ss. ; HOFMANN, *Der rechtswidrige insbesondere der verbindliche rechtswidrige Befehl im schw. Strafrecht*, 1938. — Cependant le droit de résistance à l'autorité et au fonctionnaire agissant dans l'exercice de leurs fonctions (en exécution d'un ordre de service ou non) n'est reconnu par la jurisprudence que lorsque l'ordre exécuté est « manifestement illégal » (JdT 1948 IV 77) ou « lorsque l'illicéité de l'acte est flagrante ». (JdT 1970 IV 53, consid. 3). Sinon, la résistance tombe sous le coup de l'art. 286 ou 285 CPS.

⁹² Sauf si elle parvient au point prévu à l'art. 10, mais alors la culpabilité est levée pour manque de responsabilité et non parce qu'il s'agit d'un cas d'excuse stricto sensu.

avec un mobile qui ne soit pas antisocial, c'est-à-dire un mobile qui — compte tenu de toutes les circonstances de l'acte — ne soit pas en contradiction avec l'harmonie de la vie en société et qui consiste dans le désir de repousser un danger ou de résoudre un conflit de devoirs en portant atteinte à un bien de valeur égale à celle du bien protégé.

Dans des circonstances exceptionnelles, même l'atteinte à un bien plus important serait excusable, mais alors elle devrait toujours avoir un mobile qui ne soit pas antisocial ou un mobile profondément moral, en dépit de l'apparence délictueuse de l'acte (conflit entre devoir moral et devoir légal). Autrement dit, la pression psychique ne peut pas, à notre avis, excuser l'agent si son mobile est antisocial. Sinon, les délits les plus odieux — souvent accomplis sous l'effet d'une pression invincible exercée par des tendances criminelles où des mobiles ignobles ont pris leur source — devraient être considérés comme excusables en tant que produits d'une pression irrésistible.

En résumé, dans les cas d'excuse, la notion de mobiles intervient de façon décisive : si les mobiles sont antisociaux, l'excuse n'existe pas. Cela est d'une importance fondamentale dans les cas d'excuse qui ne sont pas expressément prévus par la loi, notamment de l'impossibilité subjective (*subjektives Unvermögen*)⁹³, qui en Suisse constitue une cause d'excuse conçue de façon large.

⁹³ Si l'on pose ainsi le sujet traité, les dangers du principe du « *subjektives Unvermögen* » (v. ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 335 ss.) sont, du moins en grande partie, éliminés.

SECTION B

LES DISPOSITIONS DE LA PARTIE SPÉCIALE DU CPS AYANT TRAIT AUX MOBILES

CHAPITRE PREMIER

LE RÔLE DES MOBILES DANS LA PARTIE SPÉCIALE DU CPS

1. Le CPS, dans la partie spéciale, recourt abondamment aux notions apparentées de mobile et de but.

Le rôle le plus important des notions susdites dans la partie spéciale est celui d'éléments constitutifs de certains types de délit.

Un mobile ou un but sert parfois de circonstance atténuante spéciale ou d'élément distinctif d'un type de délit plus léger que le type ordinaire du même délit. Le mobile de se sauver soi-même ou l'un de ses proches d'une poursuite pénale est, selon le ch. 2 de l'art. 308, une circonstance pour l'atténuation libre de la peine prévue par les articles 306 et 307. En revanche, il y a des mobiles et surtout des buts qui servent de circonstance aggravante spéciale ou d'élément distinctif d'un délit qualifié. Par exemple, dans l'art. 146 ch. 2, le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime aggrave le délit de soustraction d'énergie ou en fait un type de soustraction d'énergie plus grave. Il y a encore des cas où certains mobiles sont reconnus par le CPS comme une cause d'excuse spéciale pour un type de délit. C'est le cas, par exemple, des art. : 138, ch. 2 (larcins) où la détresse peut être une cause d'excuse¹ ; 177,

¹ La détresse est l'un des trois mobiles alternativement mentionnés par l'art. 138 comme éléments constitutifs de l'infraction des larcins. Mais la détresse — vu son degré et les circonstances de l'infraction — peut même excuser l'agent.

ch. 2, où l'injure peut être excusée en raison d'une provocation ou d'une conduite répréhensible de l'injurié. De même, dans le ch. 2 de l'art. 305, la sympathie envers une personne avec qui les relations de l'agent sont assez étroites peut excuser celui-ci du délit d'entrave à l'action pénale.

L'examen des mobiles est implicitement requis dans les délits où l'état particulièrement dangereux de l'agent constitue une circonstance aggravante (137 ch. 2, 139 ch. 2, 112). Nous avons déjà exposé l'importance des mobiles comme indices de la redoutabilité du délinquant.

Nous allons, au chapitre suivant, aborder plus particulièrement la question des mobiles comme éléments constitutifs de certains délits. Une investigation plus poussée est nécessaire parce que cette question, d'une part présente des complications et des difficultés considérables et, d'autre part, offre un grand intérêt pratique vu le grand nombre de délits qui contiennent des éléments subjectifs dépassant le dol ordinaire. Parmi ces difficultés, il y a celle qui concerne la distinction de ces éléments subjectifs entre eux, au double point de vue psychologique et juridique. C'est pourquoi nous serons obligée d'examiner l'ensemble des délits contenant de tels éléments, afin de pouvoir déterminer ceux qui contiennent réellement des mobiles et trouver les différences existant entre ceux-ci et les autres éléments subjectifs qui sont également des éléments constitutifs de délits.

Dans un chapitre ultérieur (chapitre III) seront examinés les éléments subjectifs-circonstances aggravantes ou atténuantes spéciales.

CHAPITRE II

MOBILES ET BUTS COMME ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE CERTAINS DÉLITS

GÉNÉRALITÉS.

1. Le dol (ou l'intention) correspond à la structure objective du délit, à savoir aux faits externes que la loi requiert pour que l'acte soit objectivement accompli. Il est la conscience ainsi que la volonté ou l'acceptation des actes objectifs exigés par la loi pour qu'un certain délit existe.

Cependant, comme nous l'avons déjà dit, le CPS, ainsi que tous les autres codes pénaux, contient des dispositions qui exigent pour la constitution de certains types de délits quelques éléments subjectifs déterminés dépassant le dol ordinaire. Ces éléments consistent en une attitude psychique de l'auteur en rapport avec son acte, une attitude spéciale pour chaque délit, laquelle confère à l'acte son caractère immoral et blâmable. Cette attitude subjective peut être explicitement ou implicitement requise par la loi pour l'existence d'un certain délit. Elle diffère dans chaque type de délit en tant que nature psychologique et en tant que contenu.

Il s'agit des éléments subjectifs que la science allemande appelle « subjektive Unrechtselemente » ou « subjektive Täterschaftliche Handlungsmomente » ou « subjektive Tatbestandsmerkmale ». La science italienne les appelle « dolo specifico » ou « dolo qualificato », selon les cas, ou encore « elementi soggettivi dell'antigiuridicità » ou « elementi soggettivi della fattispecie legale ». Mais la terminologie courante en Italie est « dolus specialis » (dolo specifico), comme d'ailleurs dans la littérature pénale française et suisse ¹.

¹ Dans la littérature suisse, souvent on mentionne tout simplement qu'un but spécial ou un mobile spécial est requis pour un certain type de délit, sans autre qualification de cet élément subjectif (ainsi, p. ex., SCHWANDER, *op. cit.*, pp. 327, 328 etc. ; mais v. aussi p. 73, n° 143). D'autres auteurs cependant appellent les

Mais s'il y a concordance sur le fait que, dans certains délits, ces éléments subjectifs sont des éléments constitutifs de ceux-ci, il y a divergence d'une part quant aux types de délits dans lesquels ces éléments sont exigés et, d'autre part, quant à leur nature psychologique et juridique (ce qui a trait à la dogmatique pénale). Or, nous examinerons par la suite quels sont les délits qui, selon le CPS, contiennent de tels éléments subjectifs et quels sont la nature et le sens exact de ceux-ci dans chaque type de délit. Cette étude est utile pour trois raisons : 1° pour approfondir chaque type de délit et préciser les éléments subjectifs indispensables à sa perfection ; 2° pour la fixation de la peine, puisque le même élément subjectif ne saurait être pris en considération deux fois dans un système pénal fondé sur la culpabilité ; 3° pour l'application des dispositions relatives à la participation.

2. Depuis l'apparition de la théorie des « subjektive Unrechtselemente », le côté dogmatique de la question a suscité chez les théoriciens allemands de très longues discussions.

Il faut noter que le côté dogmatique de la question est parmi les problèmes les plus controversés en droit pénal, et ce parce qu'il a immédiatement trait à la notion d'illicéité — en confrontation avec celle de culpabilité — notion qui actuellement traverse une crise profonde, précisément à la suite de l'apparition de la théorie desdits éléments subjectifs et, plus encore de la théorie finaliste de l'acte (finale Haudlungslehre).

L'ancienne opinion selon laquelle, d'une part, tous les éléments objectifs se référerait à l'illicéité (ou caractère injuste de l'acte, « Unrecht ») et, d'autre part, tous les éléments subjectifs à la culpabilité, n'est plus généralement valable ; la plupart des auteurs allemands qui se sont penchés sur le sujet admettent actuellement qu'il n'existe plus de ligne de démarcation très nette entre ces deux éléments fondamentaux de l'infraction.

La question se présente sous un autre aspect en Italie, surtout en raison de la théorie générale relative au délit et notamment à l'illi-

éléments subjectifs en question « dolus specialis » et aussi « Unrechts- und Schuld momente » (W.A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, op. cit., pp. 22-23) ou bien « subjektive Unrechtselemente » et, en même temps, « Schuld momente » (F. CAVIEZEL, *Die besonderen Absichten bei den Urkundendelikten des 11. Titels des schw. Stgb.*, thèse, Fribourg, 1956, pp. 22-29). GUKELBERGER (*Die Absichtsdelikte des schw. Stgb.*, 1968, pp. 20 ss. et 48 ss.) se contente des termes « Absicht » et « Absichtsdelikte » pour désigner, respectivement, tous ces éléments subjectifs et tous les délits qui les contiennent.

céité (« antigiuridicità »), qui offre des différences profondes comparativement à la théorie allemande.

Selon la doctrine italienne, ces éléments appartenant à la culpabilité forment le « *dolus specificus* » ou le « *dolus qualificatus* ». On ne les examine qu'afin d'établir si ces éléments appartenant toujours à la partie subjective du délit, ne constituent pas aussi quelquefois une description de la conduite objective (alors que la science allemande examine, comme nous venons de le dire, si tous ces éléments, ou une partie d'entre eux, confèrent à l'acte le caractère injuste objectif (Unrecht ou Rechtswidrigkeit ; en italien : antigiuridicità) ².

En effet, en Italie la doctrine relative à ces éléments subjectifs a été très fortement marquée par la bipartition traditionnelle du délit. Selon les adeptes de cette bipartition, qui encore à l'heure actuelle sont assez nombreux et influents, le délit est un tout inséparable, constitué à la fois par le côté objectif et par le côté subjectif ³. Ces deux côtés ensemble forment « la fattispecie legale », le « Tatbestand » selon la terminologie allemande. L'illicéité (« antigiuridicità ») *n'est jamais un élément du délit*, elle n'est qu'un jugement de rapport (« un giudizio di rapporto ») consistant dans le fait qu'un acte, considéré comme un tout (acte objectif et attitude psychique de son auteur), constitue une transgression d'une disposition pénale. L'illicéité est, donc *l'essence même du délit* ⁴. Dès lors le côté objectif seul ne peut jamais suffire, selon cette théorie, pour qualifier un acte d'injuste.

Conséquemment à l'opinion que nous venons d'exposer, les adeptes de cette théorie ne peuvent placer les éléments susdits que dans la partie subjective, en examinant, tout simplement, si ces mêmes éléments n'appartiennent pas quelquefois en même temps à la partie objective ⁵.

² V. GRISPIGNI, *op. cit.*, t. II, p. 133, note 20.

³ Nous mentionnons, parmi les plus anciens : CARMIGNANI, *Elementa juris criminalis*, § 971 ; CARRARA, *Programma*, § 53 s. PESSINA, *Elementi di Dir. Penale*, § 39 ; MANZINI, *Trattato*, t. I, p. 607 ; FLORIAN, *Trattato*, t. I, p. 398. Parmi les contemporains : ANTOLISEI, *Manuale*, Parte II, ch. I, sect. II et III ; GRISPIGNI, II, p. 13 ; NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, 1947, p. 16 ; GUARNERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, 1947, pp. 159 s. ; MORO, *L'antigiuridicità penale*, 1947, pp. 118 ss. ; PANNAIN, *Manuale*, p. 18 ; RANIERI, *Manuale*, p. 216 ; SANTORO, *Manuale*, I, p. 279.

⁴ V. A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1913, p. 475 : « L'antigiuridicità è l'essenza stessa, la natura intrinseca, l'in sè del reato. »

⁵ V. GRISPIGNI II, p. 133, n. 20 et p. 311 n. 1 : « Si avverta che negando noi una antigiuridicità penale senza la presenza dell'elemento soggettivo, per noi non esiste il problema dei cosiddetti elementi sogg. della fattispecie legale... »

Mais, même parmi les auteurs italiens qui, suivant la doctrine allemande, admettent la tripartition du délit introduite par Beling (fait - illicéité - culpabilité), il y en a plusieurs qui — influencés également par la doctrine italienne de l'unité et de l'inséparabilité de la forme légale du délit — n'admettent pas le caractère objectif de l'illicéité, c'est-à-dire une illicéité se référant seulement à la partie objective du délit⁶. Ces auteurs aussi admettent qu'on ne doit pas juger un acte comme injuste sans tenir compte de la volonté, de l'attitude psychique de l'agent⁷.

Les auteurs suisses suivent les tendances allemandes modernes avec retenue. L'opinion classique est encore largement représentée⁸. Mais il y a un nombre considérable d'auteurs suisses qui admettent la théorie des éléments subjectifs de l'illicéité⁹, la plupart selon une optique apparentée à l'optique italienne : ils considèrent que ces éléments sont toujours des éléments de la culpabilité et quelquefois simultanément des éléments de l'illicéité.

La diversité des points de vue des théories générales sur le délit, et notamment sur l'illicéité, ne pouvaient donc que donner naissance

⁶ Sont adeptes de cette tendance : CARNELUTTI, *Teoria gen. del reato*, pp. 30 ss. ; PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, 1930, pp. 77 ss. ; ALIMENA, *Dir. Pen.*, pp. 10 ss. ; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, p. 35 s. — Contra : DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, p. 17 ; MAGGIORE, *Principi di Dir. Pen.*, p. 257 ; BETTIOL, *Dir. Pen.*, p. 184.

⁷ Ces auteurs admettent, donc, une illicéité personnelle (« personales Unrecht » selon la terminologie allemande) qui diffère (au moins en ce qui concerne les adeptes de la bipartition) de l'illicéité personnelle allemande sous certains aspects. Nous dirons que la science pénale allemande tend vers la reconnaissance, toujours accrue, de l'importance que revêt l'élément subjectif dans la théorie générale du délit ainsi que l'interdépendance des aspects objectif-subjectif, reconnaissance réalisée depuis longtemps et de façon moins compliquée par la doctrine pénale italienne. — Nous notons que PLATON préconisait une conception de l'illicéité nettement subjective (v. *Lois*, IX, 862 A et B).

⁸ V. HAFTER, *op. cit.*, A.T., p. 96 ; THORMANN - v. OVERBECK, *op. cit.*, II, n° 13 sur l'art. 137 CPS, p. 71 ; PFENNINGER, *Die moderne deutsche Strafr. W.*, in SJZ, 1949, pp. 357 ; SCHULTZ, *Falsche Anschuldigung...*, in RPS, 73, 1958, pp. 228, 237 ; COMTESSE, *Das schw. Militärstrafgesetz*, 1946, n° 9 sur l'art. 15 ; GUKELBERGER, *Die Absichtsdelikte des schw. Strafgesetzbuches*, 1968, pp. 37-38.

⁹ V. GERMANN, *Das Verbrechen...*, pp. 21, 42 s., 119 s. ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 73, n° 143 ; WAIBLINGER, FJS 1204, ch. 3 ; W.A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, 1951, pp. 22 ss. ; CAVIEZEL, *Die besonderen Absichten bei den Urkundendelikten des 11. Titels Stgb.*, 1956, pp. 32 ss. ; STRATENWERTH (Professeur à l'Univ. de Bâle, bien que d'origine allemande), *Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale*, in H. v. Weber - Festschrift, 1963, pp. 171 ss. ; du même auteur, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, in RPS, 1963, pp. 244 s.

à une diversité d'opinions sur la nature juridique de ces éléments subjectifs et sur leur place dans la structure juridique du délit¹⁰.

Notre avis personnel est que ces éléments appartiennent, par leur nature subjective, à la culpabilité ; mais, étant donné que l'acte, dans le cas où ceux-ci font défaut, n'est plus un acte dangereux ou nuisible à la société, mais qu'au contraire c'est leur présence qui en fait décidément un acte antisocial — partant, illicite ou injuste — ils appartiennent aussi à l'illicéité. Cela signifie que les composantes d'un

¹⁰ Nous classerons les opinions professées par les pénalistes, concernant le rôle juridique joué par les éléments subjectifs que nous étudions ici dans la structure du délit, en cinq groupes, bien que dans chacun il y ait des variantes.

1^{er} Groupe. Les auteurs de ce groupe considèrent, selon la théorie orthodoxe sur la distinction entre illicéité et culpabilité, que les éléments étudiés, en tant qu'éléments subjectifs, ne peuvent appartenir qu'à la culpabilité ; ainsi, entre autres : GOLDSCHMIDT, *Contributo alla sistematica delle teorie generali del reato*, in Riv. Ital. Dir. Pen., 1934, pp. 437 ss. ; Th. RITTLER, *Lehrbuch des österr. Strafr.*, I, pp. 121 ss. ; H. PFENNINGER, *Die moderne deutsche Strafrechtswissenschaft*, in SJZ, 1949, pp. 353-358 ; CHORAFAS, *Principes*, 1966, pp. 248 ss. et 271 ss.

2^e Groupe. Certains auteurs placent ces éléments à la fois dans l'illicéité et dans la culpabilité. Ils considèrent donc que si un tel élément exigé par la loi fait défaut, l'acte n'est pas même injuste. De cet avis sont, p. ex. : FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 1911, *passim* ; MEZGER, *Die subj. Unrechtselemente*, in GS 89, 1923, pp. 207 ss. ; le même auteur, *Von Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in Traeger - Festschrift, 1926, 187 ; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, A.T., pp. 100-104 (il est intéressant de suivre l'évolution des opinions de cet auteur dans les diverses éditions de ce même ouvrage ; cf. aussi *Lehrbuch*, 1933, pp. 168-173) ; ENGISCH, *Bemerkungen zu Th. Rittlers Kritik der Lehre von den subj. Unrechtselementen*, in Rittler - Festschrift, pp. 165-183 ; HEGLER, *Subj. Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allg. Verbrechensbegriffes*, in Frankfestgabe, I, pp. 251-338 (ouvrage fondamental) ; du même auteur, *Die Merkmale des Verbrechens*, in ZStW., 36, 1916, pp. 19 ss. ; W.A. v. WEBER, *op. cit.*, pp. 18 ss.

3^e Groupe. Les auteurs suivants sont parmi ceux qui considèrent que ces éléments subjectifs, ainsi que le dol lui-même, appartiennent au « Tatbestand » et, plus particulièrement, à l'illicéité (selon leur conception finaliste de la structure du délit) : WELZEL, *Das d. Strafrecht*, pp. 77 ss. ; le même auteur, *Das neue Bild*, 1963, pp. 27 ss. ; MAURACH, *Strafrecht*, A.T., pp. 127 s. et 194 ss. ; H. v. WEBER, *Zur Aufbau des Strafrechtssystems*, pp. 8 s. ; le même auteur, *Grundriss*, p. 108 ; STRATENWERTH, *Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale*, *loc. cit.*, pp. 171 ss. ; le même auteur, *Strafrecht*, I, pp. 108 ss.

4^e Groupe. Selon certains auteurs italiens, ces éléments subjectifs appartiennent toujours à la partie subjective du délit, s'unissant ainsi au dol ; cependant, à cause de l'indivisibilité de l'acte, ils appartiennent aussi nécessairement à l'acte tout entier. V. ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, pp. 109 ss. ; PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, *passim* ; du même auteur, *Profili pratici ed attuali della dottrina sugli elementi sogg. della fattispecie legale*, in Sc. Pos., 1952, pp. 224 ss. ; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, I, pp. 66 ss.

5^e Groupe. Enfin, GRISPIGNI (Dir. Pen. It., II, pp. 131 ss. et 151 ss.) estime qu'il s'agit d'éléments du « Tatbestand » (fattispecie legale) conçu comme un tout, mais que ces éléments appartiennent, dans certains cas, tout à la fois aux parties objective et subjective, alors que, dans d'autres cas, ils appartiennent seulement à la partie subjective.

délit doivent être conçues comme un tout et que ce n'est que par la combinaison d'éléments objectifs et subjectifs qu'un acte déterminé peut devenir un acte antisocial et délictueux ¹¹.

3. Nous essaierons d'approfondir ces éléments subjectifs, sur la base de leur nature psychologique. C'est à partir de ce critère que les auteurs spécialisés en la matière ont tenté de classifier les éléments en question.

En prenant en considération les classifications déjà faites par les auteurs qui se sont particulièrement penchés sur ce sujet, nous allons classifier ces éléments de la façon qui nous paraît la plus correcte. L'analyse notionnelle des mobiles et celle des notions apparentées, que nous avons déjà faite dans les chapitres I et III de la première partie, nous servira de point d'appui.

Ces éléments subjectifs consistent, à notre avis, en deux phénomènes psychiques : des buts et des mobiles conçus au sens large. Il y en a aussi qui ne sont ni des buts ni des mobiles, mais qui sont simplement une qualification du mode d'agir, du comportement de l'agent, bien qu'ils aient toujours trait à l'attitude psychique de celui-ci (Gesinnungsmerkmale). Nous formerons donc deux catégories de délits, dont l'une comprendra les délits possédant un dessein et l'autre ceux qui possèdent un mobile comme éléments constitutifs. Nous y ajouterons une catégorie qui comprendra les délits comportant des éléments qualifiant la façon d'agir du délinquant.

A) PREMIÈRE CATÉGORIE : DÉLITS DE DESSEIN (ABSICHTSDELIKTE).

1. Les délits pour l'existence desquels un but spécial est requis par la loi sont ceux où cette dernière emploie les expressions : « dans le dessein de... », « pour... », « en vue de... », et, en général, toute expression qui signifie *que l'auteur vise à un but situé en dehors de la structure objective du délit*.

Or, dans tous ces délits, ces éléments subjectifs dépassent le dol ordinaire ; en d'autres termes, l'agent a voulu le changement matériel qui constitue la partie objective du délit (= dol) (par exemple dans l'art. 137, il a voulu soustraire une chose mobilière appartenant à autrui) ; en outre il a eu un dessein dépassant cet acte objectif,

¹¹ Dans ce sens WAIBLINGER, FJS 1204, ch. 3.

un dessein dont l'existence, mais non pas la réalisation, est indispensable à la perfection de ce délit¹² (par exemple, dans l'article 137 précédemment cité, le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime). Les délits de dessein renferment donc une partie subjective (un but) qui ne correspond pas à une partie objective. Il s'agit là d'un cas de « *dolus specialis* ».

Ce dessein-*dolus specialis* est, à notre avis, un *but direct* qui est devenu l'élément constitutif d'un délit. Il a donc le sens que nous avons déjà donné plus haut au but direct, c'est-à-dire le sens d'un but immédiat, à l'accomplissement duquel vise l'auteur et à la réalisation duquel l'acte objectif sert de moyen. Il s'agit d'une forme (ou d'un degré) plus intense de dol et, en tout cas, d'un dol direct, qui, comme le dol ordinaire, a un contenu fixé par la loi, mais qui, contrairement au dol ordinaire, ne correspond pas à un changement objectif (matériel) indispensable à la perfection du « *Tatbestand* ».

2. Néanmoins, l'interprétation que nous venons de donner de ce dessein spécial contenu dans les délits de dessein n'est pas unanimement admise par la doctrine ni par la jurisprudence. En effet, deux questions se posent à propos de cette notion de « dessein ». La première concerne la distinction à faire entre dessein et mobile, la seconde est de savoir si ce dessein peut être éventuel ou non. Nous commencerons par l'examen de la première, puisque la seconde n'apparaît que lorsqu'on a distingué le dessein des mobiles et admis que le dessein forme une catégorie du dol (intention).

Le TF ne distingue pas toujours mobile et dessein. Dans certains arrêts il paraît admettre que le dessein est un mobile, puisqu'il dit

¹² Dans le cas où la réalisation de ce dessein constitue un autre délit prévu par une autre disposition de la loi, des problèmes se posent relativement au concours de délits ou de lois et aux notions de « *Vortat* » et « *Nachtat* ». V., sur ce sujet, DERENDINGER, *Die Straflosigkeit von Vor- und Nachtat im schweiz. Strafr.* (thèse), Zurich, 1946, pp. 52 s., 87 ss. ; SCHWANDER, *op. cit.*, pp. 88 ss.

L'ATF publié in JdT 1955 IV 109, 113 s., pose la question de façon générale : « il s'agit d'examiner si l'on se trouve dans un cas de concours apparent (ou imparfait) de dispositions applicables. » Ce n'est que dans ce cas qu'il existe un seul délit. Dans cet examen, il est très important de vérifier si les éléments subjectifs contenus dans les types de délits en question coïncident ou non. Selon la jurisprudence, le faux et l'escroquerie peuvent coexister (RO 71 IV 207, JdT 1946 IV 83). De même : le vol avec effraction et le dommage à la propriété (RO 72 IV 115, JdT 1947 IV 79) ; le vol et l'escroquerie (JdT 1946 IV 164) ; la mise en circulation de fausse monnaie (art. 242) et l'acquisition de fausse monnaie (art. 241, JdT 1955 IV 109). En revanche, le brigandage absorbe le vol (JdT 1946 IV 85, JdT 1945 IV 81 ss.) ; l'usage de faux absorbe la fabrication de faux (interpr. de l'art. 252 CPS par l'ATF publié in JdT 1969 IV 83 ss.).

qu'il n'est point nécessaire que « le dessein (Absicht) soit le mobile (Beweggrund) unique ou principal de l'auteur » (ATF 78 IV 156 ; 88 I 97). En revanche, dans d'autres arrêts il qualifie le dessein de dol ou intention (JdT 1943 IV 78 cons. 8, RO 87 IV 117) et parfois le distingue même expressément des mobiles (ATF 74 IV 45 s. = JdT 1948 IV 147 s. ; JdT 1955 IV 57). Cette dernière opinion est également suivie par la majorité des auteurs qui se sont occupés de cette question¹³. Nous considérons que nous avons suffisamment expliqué la distinction entre mobile et but direct dans la première partie du présent travail¹⁴, si bien qu'une nouvelle discussion sur ce sujet ne paraît pas nécessaire.

En revanche, nous considérons qu'il est nécessaire de discuter la seconde controverse.

En principe, la doctrine dominante en Suisse et en Allemagne, donne à la notion d'« Absicht » (but, dessein) le sens de dol (intention) dans sa forme la plus intense, forme de dol qui est donc nettement distincte du dol éventuel¹⁵.

Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'interpréter le dessein contenu dans les « délits de dessein », on accepte de façon prédominante, aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence suisses, l'avis que ce dessein est, de règle, synonyme de dol en général ; il peut donc même

¹³ V. SCHWANDER, *op. cit.*, n° 428a ; SCHULTZ, *Falsche Anschuldigung*, p. 236 ; W.A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht im schw. Stgb.*, p. 28 ; CAVIEZEL, *Die besonderen Absichten bei den Urkundendelikten...*, pp. 31 ss. ; GUKELBERGER, *Die Absichtsdelikte des schweiz. Stgb.*, p. 28 ss. Contra : HAFTER, A.T., p. 118 ; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafr.*, p. 55.

Dans la doctrine allemande, il y a aussi divergence de vues, mais l'opinion qui admet la distinction a prévalu. Parmi ceux qui ne distinguent pas le mobile du dessein, nous citons : FRANK, *Das Stgb. für das d. Reich*, Bem. VI ad § 59, Bem. IV ad § 241 ; LISZT-SCHMID *Lehrbuch*, p. 245 ; BAUMANN, (Strafrecht, A.T., § 26 III, 2. Contra : SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, Bem. 49 ss. 69 ss. ad § 59 ; STRATENWERTH, A.T., p. 111, n° 332 ss., 346, 348 (cf. néanmoins n° 344) ; MAURACH, A.T., § 22 VB, 2 ; OEHLER, *Neue Strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffs*, in NJW 66, p. 1633 ; v. également les arrêts BGH 13, 221 ; BGH 15, 59.

¹⁴ V. pp. 25 s., 103 et 105 s. Cette distinction n'est pas que théorique, cf. *infra*, p. 294.

¹⁵ V. HAFTER, A.T., p. 120 ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 187 (n° 187) ; W.A. v. WEBER, *op. cit.*, pp. 24 ss. ; CAVIEZEL, *op. cit.*, p. 19 ; GUKELBERGER, *op. cit.*, pp. 16 s. Cf. encore JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 220 ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, § 59 Bem. 49. BAUMANN, A.T., 1966, p. 318 ; STRATENWERTH, *Die Definitionen im A.T. des Entwurfes 1962*, in ZStW. 1964, p. 699 ; Contra : GERMANN, *Das Verbrechen...*, pp. 27 s. ; du même auteur, *Vorsatzprobleme*, in RPS 1961, p. 355 ; LOGOZ, P.G., N. 5 ad art. 18 CPS ; THORMANN - v. OVERBECK, t. I, N. 27 ad art. 18, p. 97 ; SCHULTZ, *Einführung in den A.T. des Strafr.*, t. I, p. 131.

être un dol éventuel¹⁶. En revanche, l'opinion dominante en Allemagne admet le contraire comme règle générale, comportant des exceptions (dus surtout à l'imprécision avec laquelle le législateur emploie le mot « Absicht »).

Le TF justifie son opinion comme suit ; après avoir exposé pourquoi l'art. 18 CPS régit également le dol éventuel (JdT 1943 IV 73 ss., notamment 76 et 77), il observe que le dessein d'enrichissement (élément constitutif de certains délits) peut être également éventuel : « Reste la question du dessein de s'enrichir. Le dessein est une forme particulière de l'intention. Dès lors, le dessein éventuel suffit, comme suffit, d'une façon générale, le dol éventuel » (*id.*, p. 78). Or, il nous semble que le dessein est, en fait, une forme particulière de l'intention (dol) en ce sens qu'il est précisément la *forme la plus intense de l'intention*, partant, toujours un dol direct. Dès lors, le dessein éventuel ne peut pas suffire, « comme suffit d'une façon générale » ; sinon ce dessein cesse d'être une forme particulière du dol.

D'ailleurs la définition du dessein que l'ATF 74 IV 45 a donnée ne peut pas, à notre avis, s'harmoniser avec la notion de dessein — dol éventuel. En effet, le TF admet que « le dessein de faire une chose » est la « volonté dirigée vers une action future ou vers un résultat non encore atteint »¹⁸ (ATF in JdT 1948 IV 147 = RO 74 IV 45). Les auteurs qui se sont spécialement occupés du sujet admettent à peu de chose près cette définition, parfois même dans des termes qui correspondent encore plus nettement à la notion examinée¹⁹.

¹⁶ V. ATF : JdT 1948 IV 149, JdT 1947 IV 22 s., JdT 1943 IV 78 = RO 69 N 80, JdT 1955 IV 57 (toutefois, dans le délit de mise en danger (art. 129 CPS) un dol éventuel est exclu, ATF in JdT 1968 IV 76 ; quant aux délits où la connaissance de la fausseté est expressément exigée par le code, v. *infra*, n° 7, groupe III. V. encore SCHWANDER, *op. cit.*, pp. 328 et 122 (n° 251) ; W.A. v. WEBER, *op. cit.*, pp. 20 s. ; CAVIEZEL, *op. cit.*, p. 21 ; GUKELBERGER, *op. cit.*, pp. 20 ss. Contra : COMTESSE, *Das schweiz. Mstgb.*, art. 15, n° 9 et 10, pp. 49-50 ; JOST, *Der Betrugsbegriff in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes*, in SJZ 43 (1947), p. 372. SCHULTZ, *loc. cit.*, écrit que dans les délits de dessein l'« Absicht » a un sens tout à fait différent, mais ne parle pas de la possibilité qu'il soit éventuel.

¹⁷ V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Bem.* 68 ss., § 59 ; WELZEL, *Das d. Str.*, p. 78 ; JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 220, 238 ; BAUMANN, A.T., pp. 988 s. ; MAURACH, A.T., § 22 VB (Einzelfragen), paraît admettre le contraire ; en revanche, cet avis est suivi aussi par la jurisprudence allemande récente (v. MAURACH, *loc. cit.*).

PIACENZA est également de l'avis que le dol éventuel ne suffit pas (v. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, pp. 56 ss. et 37 ss.). — Le C.P. Gr. contient une disposition spéciale qui va dans le même sens, celle de l'art. 27 ch. 2 : « quand un but spécial est exigé par la loi, il faut que l'agent poursuive la réalisation de ce but » ; ce qui est unanimement interprété comme excluant le dol éventuel.

¹⁸ Cette définition, due à RITTLER (*Lehrbuch*, A.T., p. 163), est inspirée de HEGLER (*Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente...*, in Frank - Festgabe, p. 311).

Or, le dol éventuel n'est jamais la direction de la volonté vers un but déterminé. La volonté, dans le dol éventuel, s'oriente vers un autre but ou résultat (Erfolg), indifférent pour la structure juridique du délit commis avec dol éventuel ; le résultat auquel la loi s'intéresse, loin de constituer la cible visée par la volonté de l'agent, n'a été que simplement accepté par ce dernier, ou bien ce dernier s'est tout simplement accommodé de la probabilité de sa réalisation. Les notions de but et de dol éventuel sont incompatibles du point de vue psychologique. Donc, la définition ci-dessus est en harmonie avec la notion ordinaire de but direct (« Absicht »), c'est-à-dire la forme la plus *intense* du dol direct ou, tout au moins, avec la notion de dol direct en général, à laquelle il faut ajouter encore, dans les délits de dessein, le fait caractéristique que l'atteinte de ce but n'est pas nécessaire ; en d'autres termes, le dessein spécial de l'auteur n'a pas de correspondance dans la partie objective de l'acte.

Certains auteurs admettent que le dol éventuel peut suffire pour quelques-uns de ces délits, alors qu'il ne suffirait pas pour d'autres délits. Il nous paraît que dans aucun cas l'éventualité ne se réfère au dessein de l'auteur. De plus, surgirait la difficulté de trouver un critère distinctif généralement valable ²⁰.

Ce dessein-élément constitutif n'est donc qu'un but direct. Les mobiles varient en règle générale. Le but final ou indirect, lui, peut aussi varier ²¹. Mais cela ne signifie pas que le but direct puisse être un dol éventuel : il faut que l'auteur tende directement vers ce but pour que l'exigence de la loi soit accomplie, indépendamment du fait qu'il a en vue probablement un but indirect, plus éloigné encore, qui constitue la cible finale de son activité ²².

¹⁹ V., p. ex., la définition de GUKELBERGER, *op. cit.*, p. 16 : « Il y a « Absicht » (but, dessein) lorsque l'auteur a dirigé sa volonté nettement et directement vers le résultat délictueux » ; cette définition nous semble plus exacte. Cf. W.A. v. WEBER, *op. cit.*, p. 19 ; CAVIEZEL, *op. cit.*, p. 19 et p. 21.

²⁰ STRATENWERTH, *Strafrecht*, I, pp. 109-111 admet que « Absicht » dans les « verkümmert zweiaktive Delikte » dont nous parlerons dans le présent chapitre, a le sens de dol en général (le dol éventuel inclus). De même, le dessein contenu dans le § 229 C.P. All. (Giftbeibringung). Mais pour ce dernier v. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Bem. 8 et 9, § 229. GUKELBERGER, *op. cit.*, p. 55, n'offre pas un vrai critère se référant au dessein (Absicht) de l'agent, mais à des éléments mixtes, subjectifs et objectifs, mettant l'accent sur les seconds. Voir *infra*, pp. 298 ss., n. 9 notamment, où sont données des références à des remarques toutes récentes de STRATENWERTH.

²¹ V. pour la différence séparant ces notions, *supra*, pp. 25 et 107.

²² HEGLER, in *Vergl. Darstellung des deutschen und ausl. Strafrechts*, B.T., VII vol., p. 434, distingue aussi l'« Absicht » de l'« Endzweck » (et du « Motiv »). Egalement, MEZGER-BLEI, A.T., p. 188. Mais cela ne signifie pas que l'*Absicht* puisse être un dol éventuel, comme le soutient W.-A. v. WEBER, *op. cit.*, p. 25, n. 19.

Quant à la probabilité d'atteindre le but par l'acte accompli, elle est indifférente²³. Ce qui signifie que la volonté peut être directement et principalement dirigée vers un résultat, dont la réalisation est incertaine. Cela ne signifie pas non plus dans ce cas qu'il s'agit d'un dol éventuel²⁴. Nous citerons deux exemples : un individu, dans le dessein de tuer quelqu'un, tire de loin contre lui, bien que les probabilités de l'atteindre soient faibles ; ou encore une personne qui vise à se procurer un avantage illicite abuse de la signature d'un tiers, bien qu'il soit incertain que le faux réussisse à tromper autrui et que, partant, l'avantage soit obtenu.

2. Les délits de cette catégorie sont nombreux dans le CPS ainsi que dans la plupart des autres codes²⁵. Ils constituent la catégorie la plus vaste de délits comprenant des éléments subjectifs, outre le dol ordinaire.

Nous mentionnerons, à titre d'exemple, quelques délits de dessein, tirés du CPS.

Selon l'art. 137 CPS, commet un vol celui qui soustrait une chose mobilière appartenant à autrui « *pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime* ». Un autre but est encore implicitement requis par ce même article : celui de l'appropriation de l'objet soustrait²⁶. Ce dessein d'enrichissement illégitime, qui est un but, se distingue du *mobile de cupidité*²⁷ ; il constitue, d'ailleurs, un élément

²³ L'existence du dessein doit être prouvée. Si donc le résultat est tout à fait improbable, alors l'existence du dessein correspondant est également très improbable. Le TF, qui admet comme suffisant le dol éventuel, tient compte de la probabilité de la survenance du résultat entrevu, comme indice (et non comme preuve) de l'acceptation ou du rejet de ce résultat par l'agent ; v. JdT 1943 IV 77, RO 69 IV 80, RO 92 IV 67 cons. 4(a), BJP 1946 n° 144.

²⁴ Ainsi, ENGLISH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 141 ss. ; WELZEL, *Das d. Strafr., op. cit.*, pp. 67 et 77, ainsi que in NJW 62, p. 20 ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, § 59, Bem. 51. — Contra : GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafr.*, 1942, p. 28.

²⁵ W.-A. v. WEBER, *op. cit.*, a dressé la liste complète des délits de dessein contenus dans le CPS (v. pp. 15-17). Nous en excluons les art. 224 et 287, v. *infra* n° 3. V. aussi une liste dans GUKELBERGER, *op. cit.*, pp. 51 ss., dans laquelle sont néanmoins contenus tous les délits du CPS incluant des éléments subjectifs quelconques, outre le dol ordinaire.

²⁶ Ainsi SCHWANDER, *op. cit.*, p. 327 ; HAFTER, *op. cit.*, B.T., erste Hälfte, 1947, p. 224 ; LOGOZ, P.S., I, pp. 101 et 97 (il considère, néanmoins, l'appropriation comme un élément objectif) ; ATF 1946, IV, 62 ; RO 85 IV 17 — JdT 1952 IV 52 (53).

²⁷ V. *supra*, pp. 174 ss. Sur le dessein d'enrichissement, v. l'ouvrage déjà mentionné de W.-A. v. WEBER, en particulier pp. 40 ss. Sur ce dessein et la cupidité, v. également ATF 86 IV, 226 ; ATF 94 IV 97 ; ATF 96 IV 155, 181.

permettant de distinguer le vol de certains autres délits apparentés, par exemple celui de l'art. 143 (soustraction sans dessein d'enrichissement)²⁸.

Ce même but est exigé pour plusieurs délits du CPS. Selon l'art. 140, commet un abus de confiance celui qui se sera approprié une chose mobilière pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime. Le même but est requis par les articles du même code 141, 146 ch. 2, 148. Il est encore implicitement mais clairement exigé par les articles 156 (extorsion et chantage) et 157 (usure)²⁹.

L'art. 147 (détournement d'objets frappés d'un droit de gage ou de rétention) exige que le débiteur ait agi « *dans le dessein de nuire à son créancier* »,

L'art. 153 (falsification de marchandises) exige comme élément de ce délit que l'agent qui a contrefait, falsifié ou déprécié des marchandises ait agi « *en vue de tromper autrui dans les relations d'affaires* ». Ce même dessein, avec une expression légèrement différente (*dans le dessein de tromper...*), est aussi exigé par l'art. 248 (falsification des poids et mesures).

D'ailleurs, dans le dixième titre du deuxième livre du CPS (fausse monnaie, etc.), auquel appartient l'art. 248, presque tous les types de délits exigent un but spécial : art. 240, fabrication de fausse monnaie « *dans le dessein de la mettre en circulation comme authentique* » ; art. 241, falsification de la monnaie « *dans le dessein de la mettre en circulation pour une valeur supérieure* » ; art. 243, dépréciation de la monnaie « *dans le dessein de la mettre en circulation pour sa pleine valeur* », etc. Si ce but manque, il s'agit de la contravention prévue à l'art. 327³⁰.

Dans les délits du onzième titre (faux dans les titres) est également exigé un but spécial (excepté celui de l'art. 257). Plus particulièrement, l'art. 25 (faux dans les titres) mentionne alternativement deux buts, qui pourraient même être considérés plutôt comme trois buts alternatifs : 1° porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui ; 2° se procurer un avantage illicite ou, enfin, 3° procurer à un tiers un avantage illicite.

²⁸ V. LOGOZ, *op. cit.*, P.S., I, p. 103 ; ZÜRCHER, *Motif de l'avant-projet de 1908*, p. 144 ; STOOS, *Motifs* 1894, p. 160 ; Procès-Verbaux 2^e Comm. d'Experts II, pp. 281 ss.

²⁹ L'arrêt publié dans BJP 1945 n° 131 s'occupe du cas inverse : une personne qui a conclu un contrat usuraire pour elle-même, ne peut pas prétendre avoir été exploitée, si, en contractant, elle a eu comme mobile la cupidité.

³⁰ SCHWANDER, *op. cit.*, p. 464, n° 706.

L'art. 252 (faux dans les certificats) exige le « *dessein d'améliorer sa situation ou celle d'autrui* », mais les alinéas trois et quatre ch. 1, de ce même article, exigent, en plus, le but : « pour tromper autrui ».

L'art. 253 (obtention frauduleuse d'une constatation fausse) exige, dans le second alinéa, le fait d'avoir « fait usage d'un titre ainsi obtenu pour tromper autrui... ». C'est de la différence de dessein que dépend alors l'application de l'une ou de l'autre des dispositions susmentionnées, ce qui entraîne des conséquences importantes quant à la peine ³¹.

4. Il résulte des exemples précités, qu'il y a deux sous-catégories de délits de dessein : les délits dans lesquels le dessein de l'agent pourrait se réaliser sans une activité de sa part postérieure au délit, par exemple, le but d'enrichissement illégitime dans le vol (art. 137) ou dans l'escroquerie (art. 148) ; et ceux dans lesquels un nouvel acte devrait suivre le délit, afin que le résultat visé par l'agent soit atteint ; par exemple, dans la fabrication de fausse monnaie, sa mise en circulation (art. 240) ; dans la falsification de marchandises, le fait de tromper autrui dans les relations d'affaires (art. 241) ³². Toutefois, la réalisation du dessein est également indifférente pour la perfection de ces deux sortes de délits.

Le but peut être aussi implicitement exigé par la loi, comme le but de l'appropriation dans le vol. Il se peut aussi que le texte légal emploie des termes exprimant ordinairement un but, sans qu'il s'agisse d'un vrai but, à savoir un *résultat matériel concret* auquel vise l'agent et qui excède la réalisation objective du délit. En effet, il y a un très petit nombre de délits qui ne contiennent pas un vrai but, en dépit de l'expression employée par le code. Tels sont, par exemple, ceux des art. 224 et 287 où « le dessein délictueux » du premier et le « dessein illicite » du second signifient plutôt une tendance, une disposition d'âme et non pas un dessein concret. C'est pourquoi nous croyons qu'ils devraient être placés dans les « *Tendenzdelikte* ».

Il est en revanche quelques délits où le code emploie — notamment dans la version allemande — une expression correspondant, en

³¹ V., sur ce sujet en particulier, la thèse déjà citée de CAVIEZEL, *passim* ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 459, n° 701, a également traité ce sujet de façon détaillée.

³² V. HAFTER, *Lehrbuch*, A.T., p. 119. Les délits de ces deux sous-catégories sont appelés par les pénalistes allemands, d'après HEGLER (*op. cit.*) : « *kupierte Erfolgsverbrechen* » ceux de la première, et « *verkümmert zweiaktige Delikte* » ceux de la seconde sous-catégorie.

règle générale, à un mobile, alors qu'il s'agit d'un but. C'est le cas, par exemple, de l'art. 198 (proxénitisme), ainsi que de l'art. 219, ch. 2 (violation du devoir d'élever l'enfant) : dans le texte allemand de ces articles, on emploie le terme « aus Gewinnsucht », qui est ordinairement un mobile, au lieu de « Absicht auf Gewinn » qui serait le correspondant juste des termes « dans un dessein de lucre », employés par le texte français, termes qui correspondent exactement à ce but que la loi a effectivement en vue.

B) SECONDE CATÉGORIE : DÉLITS CONTENANT UN MOBILE AU SENS LARGE.

1. Nous classons dans la seconde catégorie les délits contenant, comme éléments subjectifs, des mobiles conçus dans la plus large acception du terme.

Dans cette catégorie, nous formons trois sous-catégories de délits. Les éléments subjectifs de chacune d'elles présentent des nuances distinctives.

Il faut noter que les délits comprenant de façon implicite des mobiles sont plus nombreux que ceux qui contiennent de façon implicite des buts. La sous-catégorie des délits de tendance (Tendenzdelikte) notamment ne contient presque pas du tout de délits où cette tendance soit expressément exigée par la loi. Mais cet élément subjectif se dégage de la notion même de ce délit.

Nous procéderons ci-après à l'examen de chaque sous-catégorie de la présente catégorie.

2. 1^{re} sous-catégorie : « Motivdelikte » ou « Gesinnungsdelikte ».

Il s'agit par excellence de délits contenant un mobile au sens large, *expressément exigé* par la loi comme élément constitutif d'un type de délit outre le dol ordinaire³³. Ce mobile, qui joua un rôle fondamental dans la psychologie de la décision criminelle, est donc ou bien une tendance caractérielle ou bien un mobile proprement dit³⁴.

³³ Sur la distinction à faire entre intention et mobiles v. JdT 1948 IV 56.

³⁴ STRATENWERTH (*Zur Funktion...*, *op. cit.*, ainsi que *Strafrecht*, A.T., pp. 111-112) range ces délits dans la catégorie des délits contenant un « Beweggrund » ou dans celle contenant des « affektive Antrieben ». Tous deux ne sont, à notre point de vue déjà développé dans la prem. partie, que mobiles.

Les « Motivdelikte » contiennent un mobile proprement dit (*stricto sensu*).

Les « Gesinnungsdelikte » contiennent un trait caractériel, une tendance durable qui poussa l'agent à l'acte délictueux ³⁵, donc un mobile au sens large, duquel découla le mobile proprement dit. Dans ces délits-là, la personnalité de l'agent paraît antisociale à un degré plus élevé que dans les autres groupes de délits contenant de tels éléments subjectifs.

a) L'art. 138 (larcins) contient *des mobiles proprement dits* : la détresse ou la satisfaction d'une envie sont des mobiles proprement dits (*stricto sensu*), c'est-à-dire des états affectifs qui ont poussé l'agent au délit. Ce sont ces mobiles ainsi que la valeur modique de l'objet soustrait qui distinguent cette infraction du vol. Quant à la légèreté, prévue par le même article, on la considère aussi comme un mobile *stricto sensu* ³⁶. Ces mobiles *stricto sensu* ne sont pas des qualités caractérielles, ils n'ont donc pas un caractère plus ou moins durable. Néanmoins, l'un ou l'autre de ces mobiles doit avoir été celui qui poussa l'agent.

b) Parmi les dispositions du CPS qui prévoient des délits contenant *un trait caractériel*, nous mentionnons celle de l'art. 135 (surmenage des enfants et des subordonnés) où l'auteur doit avoir agi « par égoïsme ou par méchanceté ».

Quant à l'art. 149 (atteinte malicieuse aux intérêts pécuniaires d'autrui), le délinquant doit avoir, « par méchanceté, astucieusement induit une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais... à des actes préjudiciables... ». Dans ce délit, il est exigé, parmi les éléments subjectifs, le mobile (au sens large) de « méchanceté » et, en outre, l'intention de mentir, de faire croire à autrui qu'une chose est vraie alors qu'elle ne l'est pas (ce qui est un élément subjectif des délits d'expression appartenant à une sous-catégorie dont nous nous occuperons plus loin). Néanmoins, en ce qui concerne ledit art. 149, il résulte des travaux de la 2^e Commission d'Experts ³⁷ qu'on considérerait la « méchanceté » de l'article 249 du

³⁵ Nous employons « Gesinnung » dans l'acception de tendance caractérielle, comme nous l'avons déjà interprétée plus haut, p. 117.

³⁶ V. BJP 1965 n° 146, 1965 n° 147, JdT 1966 IV 150. On tend même à considérer que l'art. 138 n'est pas applicable lorsque la légèreté est un trait de caractère durable (cf., p. ex., BJP 1960 n° 66). — Le TF qualifia de « satisfaction d'une envie » la soif d'apprendre d'un autodidacte qui avait soustrait un livre sur Erasme (RO 1945 IV 4).

³⁷ V. Procès-verbal de la 2^e Commission d'Experts, t. VII, 1915, pp. 14 et 16.

projet, correspondant à l'art. 149, comme une « simple joie de nuire » (Gautier), ou comme poursuite de « la satisfaction d'une rancune ou la réalisation d'une mystification » (Calame) ; ces termes pourraient impliquer tantôt un trait caractériel (tout particulièrement la joie de nuire), tantôt un mobile stricto sensu.

L'art. 179 septies (abus du téléphone) exige que l'auteur ait agi « par méchanceté ou espièglerie » ; ces termes pourraient parfois correspondre à un trait de caractère, mais cela n'est pas exigé par la disposition légale.

Au sujet de l'expression « par malveillance » nous avons certains doutes ; peut-être son sens dépend-il des dispositions légales dans lesquelles elle est employée. Si elle veut exprimer un trait caractériel, apparenté à celui de la méchanceté, alors elle constitue un mobile au sens large ; le délit, partant, appartiendra à la présente sous-catégorie. Si elle ne veut exprimer que l'état d'esprit au moment de l'exécution du délit, le délit appartiendra aussi à la présente catégorie, mais dans la sous-catégorie des délits de tendance («Tendenzdelikte»), ce que nous admettons dans le cas de l'art. 270.

Nous en dirions autant de l'expression « par mauvaise volonté ».

L'art. 217 (violation d'une obligation d'entretien) exige alternativement comme causes subjectives la mauvaise volonté, la fainéantise ou l'inconduite. Pour la première, il s'agit, à notre avis, plutôt d'un état d'esprit, pareil à celui du groupe des délits de tendance ; les autres sont plutôt des traits caractériels définis par un mode de comportement durable.

c) Très apparentée aux deux dernières notions de fainéantise et d'inconduite est celle de l'exercice par métier d'un acte délictueux, ce qui constitue une sous-catégorie de l'exercice d'une activité délictueuse par habitude. L'« exercice par métier » sous-entend une tendance de l'agent plus ou moins durable de se procurer les moyens nécessaires à son maintien par un gain illicite ; cette tendance peut être considérée comme un élément subjectif d'illicéité³⁸.

Les habituels qui font métier de l'exercice d'un crime ou d'un délit peuvent être soumis à l'internement prévu par l'art. 42. Mais il y a certains délits où la loi prévoit spécialement le fait d'exercer par métier une certaine activité comme élément constitutif du délit ou comme circonstance aggravante d'un délit.

³⁸ V. GRISPIGNI II, pp. 134 s. ; MAURACH, A.T., p. 269.

L'art. 201 (souteneurs) exige clairement l'exercice par métier : le fait de « *se faire entretenir* en tout ou en partie... en exploitant le gain d'une personne adonnée à la prostitution » remplit les conditions de la notion légale de souteneur.

L'art. 204 (publications obscènes) prévoit comme éléments de ce délit, de façon alternative, « faire le commerce » de celles-ci ou « le métier de les donner en location ».

L'art. 206 (racolage) suppose l'exercice de la prostitution de façon professionnelle.

Dans la plupart des cas, l'exercice « par métier » d'un délit est considéré comme une circonstance aggravante spéciale et non comme un élément constitutif du délit. C'est pourquoi nous nous occuperons plus à fond de l'analyse de ce concept lors de l'examen des circonstances aggravantes spéciales (chapitre suivant, n° 2).

3. 2^e sous-catégorie : délits contenant une disposition psychique particulière de l'agent (« Tendenzdelikte »)³⁹.

Dans la partie subjective de ces délits, il existe chez l'agent, outre le dol de commettre l'action objective, un état d'esprit, une tendance ou disposition psychique déterminée qui inspira son acte et en fit un acte immoral et, partant, punissable. L'acte punissable n'existe donc pas si cet état d'âme fait défaut. Nous soulignons le fait qu'il ne s'agit ni d'une vraie tendance dans le sens d'un trait caractériel plus ou moins durable, ni d'une « disposition criminelle »⁴⁰ comme dans les « *Gesinnungsdelikte* ». Il s'agit d'un état d'âme plus ou moins passager qui inspire et pousse l'auteur au moment de l'exécution du délit et qui constitue, au fond, un mobile stricto sensu.

Cette espèce de délits suscite les controverses théoriques les plus nombreuses. Cela est dû au fait qu'ordinairement cet élément subjectif n'est pas expressément exigé par la loi. Ce n'est que l'analyse notionnelle de chaque délit qui permet de constater si un tel élément est nécessaire. Or, cette analyse n'aboutit pas aux mêmes conclusions chez tous les auteurs. Il y a bon nombre de délits qui, pour certains auteurs, contiennent une telle disposition psychique de l'agent, tandis que pour d'autres, ces mêmes délits ne la contiennent pas. La solution

³⁹ STRATENWERTH les range, à juste titre, dans la catégorie des délits contenant un mobile (*Strafrecht*, p. 112), mais sans distinction ultérieure.

⁴⁰ V. *supra*, p. 127, sur le sens des termes « tendance » et « disposition criminelle » (ou penchant au crime).

donnée à ce sujet a des répercussions sur le plan pratique : si cette disposition psychique est implicitement exigée dans un délit, son absence empêche que ce délit existe. Il faut donc examiner, de façon plus détaillée, cette sous-catégorie.

Nous y incluons trois groupes de délits.

4. *Groupe I : délits sexuels.*

Ce groupe de la présente sous-catégorie est celui qui provoque le moins de controverses dans la doctrine pénale des divers pays pour leur qualification de « Tendenzdelikte ». Les délits de ce groupe sont même, en règle générale, mentionnés à titre d'exemple comme des délits contenant une certaine tendance, un certain esprit qui inspire l'auteur et l'incite à agir.

Cette opinion, professée par la majorité des auteurs allemands ainsi que par la jurisprudence allemande, est fortement soutenue en Italie ⁴².

Néanmoins, en Suisse l'interprétation des dispositions correspondantes diffère.

Il nous semble opportun de commencer par l'examen de quelques types de délits sexuels tirés du CPS.

Selon l'art. 191 ch. 2 du CPS, est puni celui qui aura commis un acte contraire à la pudeur (différent de l'acte sexuel) sur un enfant de moins de seize ans. Or, il nous semble que, dans ce cas, l'acte matériel ne suffit pas. Il faut encore que l'auteur soit mû par un esprit libidineux ou qu'il tende à provoquer un tel état d'âme chez l'enfant. Ainsi le même geste, le même acte objectif, fait par un médecin dans un dessein thérapeutique sur un enfant de moins de seize ans, ne constitue pas un attentat à la pudeur, cependant qu'il constitue un tel attentat lorsque son auteur est inspiré par une disposition libi-

⁴¹ V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, Vorbem. 8 § 173 et références, mais l'auteur fait des réserves ; KOHLRAUSCH-LANGE, *Kommentar*, § 175 Anm. V ; MAURACH, *op. cit.*, A.T., p. 269, B.T. § 50 IV B ; MEZGER, *Leipz. Komm.*, Vorbem. 26 b § 173 ; MEZGER-BLEI, A.T., p. 101 ; BAUMANN, *Strafrecht*, A.T., p. 273 ; STRATENWERTH, *Strafrecht*, p. 112 ; WELZEL, *Das d. Strafr.*, pp. 7 et 431 ; HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente...*, in Frank-Festgabe, 1930, p. 309 ; ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, 1928, 237, p. 49. La même interprétation est admise par les arrêts du RG 28, 77, 67, 112.

⁴² V. PIACENZA, *Profili pratici ed attuali della dottrina sugli elementi sogg. dell'antiquiridicità*, in Sc. Pos., 1952, p. 233 ; MANZINI, *Trattato*, 1951, VII, n° 2552 ; VANNINI, *Manuale*, P.S., 1949, p. 171 ; GRISPIGNI, *op. cit.*, II, p. 135. En Grèce aussi on est de cet avis. V. CHORAFAS, *op. cit.*, pp. 249-251 qui considère que ces délits contiennent des conditions supplémentaires à la fois subjectives et objectives.

dineuse ou s'il tend à la provoquer. C'est l'absence de cet esprit libidineux qui fait que les caresses et le baiser paternels à la fille âgée de moins de 16 ans n'entrent pas dans ce même article.

Cette coloration sexuelle doit, à notre avis, exister dans tous les actes contraires à la pudeur. Dans l'acte sexuel, elle existe de toute évidence.

Mais l'interprétation des dispositions concernant ces délits varie en Suisse. C. Stooss estime que le « mobile sexuel » est implicitement mais constamment exigé dans tous les délits sexuels⁴³. Et la plupart des auteurs qui se sont penchés sur la question sont de l'avis que ces délits contiennent une tendance sexuelle⁴⁴. Le TF considère que l'acte est contraire à la pudeur s'il choque le sentiment moral (« gegen das Sittlichkeitsgefühl verstösst ») (ATF 1944 70 IV 209 ; 1945 IV 94 ; 1950 IV 238). Mais il n'est pas nécessaire que l'acte soit commis par lubricité ni pour éveiller l'appétit sexuel d'autrui. L'acte donc peut avoir comme mobile la vengeance, la curiosité, etc. (ATF 70 IV 209). L'existence de la lubricité n'est examinée par le juge que si l'acte n'est pas objectivement « unzüchtig », contraire à la pudeur⁴⁵. Ce même arrêt se réfère à l'ATF du 5 mars 1943, qui n'a pas été publié et qui, fondé sur ce principe, considéra comme impudiques certaines caresses sur la main.

L'ATF 76 IV 276, en interprétant l'art. 192, ch. 2, a jugé que le mobile de lubricité (*Beweggrund der Geschlechtslust*) doit aussi être pris en considération — avec l'espèce de l'acte et les autres circonstances — pour qu'un baiser soit considéré comme un acte contraire à la pudeur. Mais il ajoute que le mobile seul ne suffit pas pour caractériser l'acte d'impudique (ce qui nous semble évident).

On peut remarquer sur cette jurisprudence : 1° que l'esprit libidineux est nécessaire dans tous les cas, puisqu'il est nécessaire dans les actions, les mouvements, etc. qui ne le sont pas objectivement : dans les autres actes il est forcément sous-entendu ; 2° qu'il n'est pas nécessaire que cet esprit soit le mobile de l'acte. Dans le cas

⁴³ V. C. STOOSS, *Das Motiv im Entwurf...*, op. cit., p. 173.

⁴⁴ De cet avis sont : C. LUDWIG, *Zum Begriff der Unzucht und des Unzüchtigen*, in *Basler Jur. Mitteilungen*, 1960, p. 115 ; RÜEGG, *Die unzüchtige Handlung im Strafr.*, pp. 28, 32, 41 ss. ; SCHWANDER, op. cit., n° 637 b, pp. 412-413 ; THORMANN - v. OVERBECK, II, n° 6 sur l'art. 188. — Contra : M. WAIBLINGER, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1945 und 1950*, in ZBJV, 83, p. 381 et 89, pp. 439 s.

⁴⁵ Dans le même sens ATF 78 IV 33 ; 86 IV 21.

où l'agent est lui-même inspiré par l'appétit sexuel comme dans le cas où il veut provoquer un tel appétit chez la victime, il existe chez lui un état d'esprit impur, teinté de lascivité, qui l'incite à agir. Donc, du point de vue psychologique, cet esprit est dans son essence un mobile. Mais il n'est point nécessaire qu'il soit le mobile final ni du moins le mobile principal de l'acte ; *la loi ne l'exige pas pour la perfection de la structure juridique des délits étudiés ici*. Il suffit qu'il figure parmi les mobiles du faisceau de mobiles⁴⁶. Il peut donc coexister avec plusieurs mobiles dans le faisceau de mobiles, ainsi qu'avec un autre mobile final. Il se peut, néanmoins, que cette tendance soit parfois le mobile de l'acte : c'est le cas lorsque la lubricité a été le mobile unique ou, du moins, le mobile principal.

La tendance sexuelle n'est, partant, pas un but (Absicht)⁴⁷ : elle diffère du but, qui est de nature noétique dans son essence ; de plus, elle ne vise pas à un résultat matériel postérieur à l'acte : cette tendance est satisfaite par l'acte même.

5. *Groupe II (délits contenant un animus vilipendendi ou injuriandi).*

Une disposition psychique (ou intention spéciale) est également exigée pour *les délits dans lesquels une offense ou un mépris sont sous-entendus*. Un tel acte est celui de l'art. 270 (atteinte aux emblèmes suisses). Cet article exige qu'on ait agi « par malveillance » ; cette malveillance doit avoir le sens d'« animus vilipendendi », soit un état d'esprit qui pousse à outrager ces emblèmes. Cette même intention ou tendance est expressément exigée par l'art. 298 (atteinte aux emblèmes nationaux étrangers).

Mais, à notre avis, cet esprit est également, bien que non expressément, exigé par les art. 296 (outrages aux Etats étrangers) et 297 (outrages à des institutions interétatiques). Nous croyons que, dans tous ces cas, le dol ordinaire, consistant dans la connaissance du caractère injurieux de la manifestation voulue, ne suffit pas. Il faut qu'un esprit particulier, une intention spéciale, existe : l'« animus

⁴⁶ Sur toutes ces distinctions des mobiles, v. *supra*, pp. 27 s.

⁴⁷ SCHWANDER, *op. cit.*, p. 413, considère qu'il ne s'agit pas d'un mobile, mais d'un but (« Absicht ») comme celui de tous les « Absichtsdelikte ». W.A. v. WEBER, *op. cit.*, p. 33, lui, classe ces délits aussi dans les « Absichtsdelikte », mais dans une sous-catégorie distincte, avec la réserve qu'il ne s'agit pas d'« Absichtsdelikte » au sens strict du terme ; GUKELBERGER, *op. cit.*, pp. 50, 62 n. 3, en fait autant et ajoute, entre parenthèses : « genau, Tendezdelikte ».

injudiandi vel vilipendendi », c'est-à-dire une tendance d'outrager, de faire un affront ⁴⁸.

En conséquence de ce qui précède, nous estimons que, pour *tous les délits contre l'honneur*, on devrait aussi sous-entendre l'intention de faire un affront, d'offenser autrui, de l'amoindrir, de l'abaisser.

Mais cette opinion est controversée dans la science pénale ; deux théories fondamentales ont été développées à ce sujet : elles sont connues sous le nom de théorie psychologique et de théorie objective. La dernière se contente de voir l'agent prononcer les paroles injurieuses avec connaissance et volonté. La première requiert, en plus, que l'agent ait un animus injuriandi : qu'il soit inspiré de l'esprit d'outrager, d'amoindrir autrui par ses paroles ou par ses allégations. Il y a, pourtant, des adeptes de l'une ou de l'autre de ces deux théories qui n'abordent pas le problème de façon uniforme, c'est-à-dire qu'ils exigent l'animus injuriandi pour quelques-uns seulement de ces délits, cependant qu'ils ne l'exigent pas pour le reste. Il faut noter que ce dernier phénomène est dû, en partie, à la variété de l'expression employée pour chaque délit par le droit positif.

En principe, nous croyons que la théorie psychologique est préférable, parce qu'elle contribue à l'approfondissement de la partie subjective de ces délits. C'est ainsi qu'il se peut que des expressions objectivement injurieuses ne constituent pas une injure, parce qu'elles ont été employées, par exemple, avec l'intention de plaisanter et non pas avec celle d'offenser ; et vice-versa, certaines phrases anodines, objectivement non injurieuses, le sont effectivement, parce que l'auteur, dans ce cas concret, a l'intention de leur prêter un sens injurieux

⁴⁸ Cette interprétation n'est pas admise en Suisse. Etant donné que les outrages à un pays étranger ou à une institution interétatique ont la forme d'une injure, d'une diffamation ou d'une calomnie contre les personnes qui les représentent, on considère comme valable, dans l'interprétation de ces articles, l'interprétation des articles 173, 174 et 177. Voir la suite de notre texte. GUKELBERGER, *op. cit.*, pp. 68-69, considère que tous les délits contre l'honneur sont des « Absichtsdelikte », mais le dessein contenu dans ces délits ne serait pas, selon cet auteur, l'animus injuriandi.

De l'avis soutenu dans le texte sont : PIACENZA, *Profili pratici ed attuali...*, *op. cit.*, in Sc. Pos., 1952, p. 230 ; FLORIAN, *Delitti contro il sentimento religioso*, pp. 203, 209, 254 ; du même, *Delitti contro la sicurezza dello stato*, 1902, p. 423 ; du même, *Delitti contro la libertà*, 1902, p. 294 ; HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente...*, in Frank - Festgabe, 1930, pp. 310-311 (ces cas aussi sont nommés par lui « Fälle der sinngebenden Absicht ») ; ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928, p. 47 ; MANZINI, *Trattato*, 1950, t. IV, n° 1125, 1132, 1142, 1830, 1837, 1846 ; RANIERI, *Diritto penale*, II, 1952, pp. 129, 131, 133 ; VANNINI, *Manuale di dir. pen.*, P.S., 1949, pp. 32, 33 et 98 ; GRISPIGNI, *op. cit.*, II, p. 154 ; ANTOLISEI, *op. cit.*, 1952, p. 189.

et offensant⁴⁹. Par exemple, la phrase « je sais que vous êtes fier de votre père », adressée à une personne de père inconnu, dans l'intention de l'offenser, peut constituer une injure.

Cet « animus injuriandi » n'est pas un but (Absicht) : il ne vise pas à un résultat matériel postérieur à l'acte. Il s'agit d'un état d'âme, d'une disposition psychique colorée d'affectivité, qui inspira l'agent, qui le poussa à agir ; on peut, partant, considérer cet état d'âme comme un mobile du délit ; mais la loi n'exige pas qu'il soit le mobile (final ou même principal) de l'acte⁵⁰. Il s'agit là encore d'un *dolus specialis*, d'un dol qui a un élément subjectif, outre le dol ordinaire, et c'est cet élément qui, combiné avec les autres circonstances exigées par la loi, complète la culpabilité en conférant à celle-ci son caractère blâmable, ou bien (selon une autre conception) confère à l'acte son caractère injuste.

Nous croyons que la raison principale de la divergence entre les adeptes des deux théories susmentionnées réside dans un malentendu sur la notion de « animus injuriandi ». En effet, les adeptes de la théorie objective interprètent cet animus injuriandi comme étant un but et, partant, ils refusent d'accepter la nécessité de son existence⁵¹.

⁴⁹ V. PIACENZA, *Profili...*, loc. cit., p. 232.

⁵⁰ Il se pourrait que l'animus injuriandi soit parfois le mobile, lorsque la seule cause psychique de l'acte fut le plaisir d'amoindrir quelqu'un. Mais cela n'est pas exigé par la loi. Cf. ce que nous venons de dire de la tendance sexuelle.

⁵¹ WELZEL et MAURACH sont un exemple très clair à l'appui de notre remarque. Cf. WELZEL, *Das d. Strafr.*, p. 309 et MAURACH, *op. cit.*, B.T., pp. 136, 142, 146, 151. Ces deux auteurs nomment ces délits « Äusserungsdelikte » (délits d'expression) justement parce qu'ils doivent toujours exprimer l'esprit de mépris qu'on a dans l'esprit, « den gedanklichen Sinn der Missachtung ». Mais la « Kränkungsabsicht » (animus injuriandi, selon ces auteurs), ne serait pas indispensable. Or, à notre avis, l'« animus injuriandi » est justement « l'esprit d'injurier », selon la traduction du terme, l'esprit du mépris (der gedankliche Sinn der Missachtung) et non pas un but. STRATENWERTH, *Schw. Strafrecht*, B.T., 1973, p. 116, considère également que l'animus injuriandi n'est pas nécessaire, mais il le qualifie aussi de « Kränkungsabsicht », en écrivant « absicht » en italiques.

Pour la théorie subjective sont : PIACENZA, loc. cit., p. 232 ; FLORIAN, *Teoria psicologica della diffamazione*, Torino 1927 ; BATTAGLINI, *Appunti sull'elemento psicologico della diffamazione*, in « Giustizia Penale », 1952, p. 393 ; CARRARA, *Programma*, P.S., III, §§ 1751-1752 (il qualifie cet élément de « principalissimo ») ; MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, P.S. Comm. sur l'art. 595 C.P. It. Contra : IMPALLOMENI, *Cod. Pen. illustrato*, III, 1891, pp. 214, 218 ; SCHÖNKESCHRÖDER, *op. cit.*, § 185 Bem. 17 et § 186 Bem. 18 ; MAURACH, *op. cit.*, B.T., p. 142, 146. La jurisprudence et les auteurs grecs sont aussi en majorité de l'avis contraire. (Mais cf. l'intéressant Arrêt 245/1967 de la Cour d'Appel d'Athènes). Voir auteurs suisses *infra*, n. 54.

6. En Suisse, les articles du titre troisième du CPS concernant les infractions contre l'honneur (articles 173-177) sont interprétés conformément à la théorie objective. C'est ainsi que, pour la diffamation (art. 173), la calomnie (art. 174)⁵² et l'injure (art. 177), un *animus injuriandi* n'est pas exigé. Il en est de même pour la diffamation et la calomnie non verbales (art. 176), ainsi que pour la diffamation et la calomnie contre un mort (art. 175)⁵³.

Il n'est exigé que la connaissance du caractère injurieux de l'acte. Le dol éventuel (quant au caractère injurieux des expressions) est considéré comme suffisant.

Il nous semble cependant que ce principe est très mitigé par les dispositions concernant l'*exceptio veritatis*. C'est pourquoi il est intéressant d'examiner de façon plus détaillée la relation qui existe entre l'*animus injuriandi* et l'*exceptio veritatis*, selon les dispositions des chiffres 2 et 3 de l'art. 173 du CPS⁵⁴.

L'inculpé peut soulever deux exceptions pour être exempté de toute peine (Entlastungsbeweise) : l'exception de véracité de ses allégations (c'est là l'*exceptio veritatis stricto sensu*) et l'exception de bonne foi, à savoir qu'il avait des raisons sérieuses de tenir de bonne foi ses allégations pour vraies. Ces deux exceptions forment l'*exceptio veritatis* au sens large.

⁵² La calomnie contient, à notre avis, un élément subjectif outre l'*animus injuriandi* : celui de mentir afin de faire croire à autrui de fausses allégations. C'est pourquoi elle appartient aussi à la sous-catégorie suivante de la présente catégorie, où nous classons les délits d'expression (Ausdrucksdelikte). Quelques auteurs appellent les délits du présent groupe « Äusserungsdelikte », cf. n. précédente, ainsi que p. 280, n. 63.

⁵³ V. ATF 71 IV 225 ss. ; 81 IV 237 ; 92 IV 97 ; BJP 1946 n° 116. Egalement HAFTER, *Lehrbuch*, B.T., 1. Hälfte, p. 206. L'ATF 71 IV 228 rejette l'opinion selon laquelle la loi requiert que l'auteur de la diffamation ait eu l'intention (beabsichtigt zu haben) d'injurier autrui ; cela au motif qu'il n'est pas exigé par la loi que la lésion de l'honneur soit effectivement réalisée (!) Mais alors, il ne devrait exister aucun délit de dessein ou de mobile.

⁵⁴ V. LOGOZ, *op. cit.*, P.S., I, pp. 237 ss., 246 s., 256 s. ; SCHWANDER, *op. cit.*, pp. 382, 387 ; J.N. MALCOG, *Les délits contre l'honneur commis par la voie de presse*, thèse, Genève, 1952, p. 59 ; MOSER WERNER, *Die Beschimpfung nach schw. Strafr.*, thèse, Zurich, 1953, pp. 98-99 ; H. HEUBERGER, *Die Beleidigung eines fremden Staates*, thèse, Berne, 1943, pp. 15 et 20. Mais le dol éventuel ne suffit pas pour la calomnie (ATF 76 IV 273).

⁵⁵ Nous notons qu'en Allemagne on considère aussi que l'*animus injuriandi* joue un rôle très important dans l'application des §§ 192 (*exceptio veritatis*) et 193 (*Wahrnehmung Berechtigter Interesse*). Sur l'interprétation de la disposition correspondante de l'art. 367 C.P. Gr. v. PHILIPPIDIS, *La protection d'intérêts légitimes dans les délits contre l'honneur* (en grec), 1965.

Mais l'inculpé n'est pas admis à soulever ces exceptions s'il a agi sans égard à l'intérêt public, ou « sans autre motif suffisant », ayant eu comme dessein principal « de dire du mal d'autrui, notamment lorsque ces allégations ont trait à la vie privée ou à la vie de famille ».

La condition « sans égard à l'intérêt public » est un cas spécifique de « sans motif suffisant »⁵⁶. L'expression « le dessein de dire du mal d'autrui » est, à notre avis, justement l'*animus vilipendendi* ou *injuriandi*. Donc, selon les dispositions susmentionnées, lorsque l'inculpé a eu comme « dessein » (= mobile) *principal l'animus injuriandi* et qu'il n'a pas eu un (autre) mobile *suffisant*, l'*exceptio veritatis* ne lui est pas permise⁵⁷.

En revanche, si l'une de ces deux conditions pour l'exclusion de l'*exceptio veritatis* fait défaut, alors l'auteur de la diffamation est admis à prouver la vérité de ses allégations. Si donc l'auteur a eu un autre mobile suffisant ou s'il n'a pas eu comme mobile principal l'*animus injuriandi*, il sera admis à faire les preuves prescrites au ch. 2 de l'art. 173.

Au point de vue psychologique, on peut noter que lorsqu'il existe un autre mobile *suffisant*, il n'est pas naturel, ordinairement mais non pas nécessairement, que l'*animus injuriandi* soit le mobile *principal* de l'agent, puisque c'est l'autre mobile *suffisant* qui très probablement a été le principal. Mais il se peut très bien que ce mobile suffisant et l'*animus injuriandi* coexistent dans le faisceau de mobiles et que l'un ou l'autre soit le mobile principal. Dans le cas où ils coexistent, l'*exceptio veritatis* est permise, indépendamment du fait que l'*animus injuriandi* soit ou non le mobile principal.

Voici la ligne tracée par le TF dans l'interprétation des dispositions relatives à l'*exceptio veritatis* : dans le cas où l'inculpé a agi *sans* autre motif suffisant et *avec* l'*animus injuriandi*, celui-ci n'est pas admis à soulever l'*exceptio veritatis*. En revanche il l'est dans tous les autres cas⁵⁸. Contrairement à la jurisprudence antérieure⁵⁹, l'*exceptio veritatis* est donc actuellement permise, lorsque l'auteur a agi avec un autre mobile suffisant mais également avec l'*animus injuriandi*. Dans ce cas, ce « motif suffisant » (suffisant du double point de vue objectif et subjectif) doit être *au moins l'un des mobiles* qui inciterent l'auteur à commettre son acte. Cela est conforme à l'opinion

⁵⁶ V. SCHWANDER, *op. cit.*, p. 389, n° 612 3 ; ATF 82 IV 93.

⁵⁷ C'est-à-dire que ces deux conditions pour l'exclusion de l'*exceptio veritatis* sont *cumulatives*.

⁵⁸ ATF 82 IV 91 ; 89 IV 191.

soutenue ci-dessus, à savoir que l'*animus injuriandi* peut coexister avec un (autre) mobile suffisant⁶⁰.

Il résulte de tout ce qui précède qu'en droit suisse l'*animus injuriandi* joue un rôle important dans l'admission de l'*exceptio veritatis* prévue par l'art. 173, et par conséquent dans la punition ou la non punition de l'auteur d'une diffamation.

L'accusé a été aussi admis à soulever l'*exceptio veritatis* en cas d'injure, sans que le texte de l'art. 177 le prescrive⁶¹.

La preuve de la vérité est permise également à l'accusé en matière de calomnie. Mais, ici il ne s'agit pas d'*exceptio veritatis* à proprement parler ; c'est le plaignant qui doit prouver la fausseté des allégations ainsi que la connaissance de cette fausseté par l'accusé⁶². Quant à l'*animus vilipendendi* ou *injuriandi*, il existe en règle générale dans la calomnie, étant donné précisément la connaissance qu'a l'agent de la fausseté de ses allégations. Mais si celui-ci a cherché, de propos délibéré (« *planmässig* »), à ruiner la réputation de sa victime, la peine sera aggravée.

La conclusion est que l'*animus injuriandi* joue en Suisse, d'une manière générale, un rôle important dans les délits contre l'honneur, par le truchement de l'*exceptio veritatis*. Mais de cette façon, la protection de l'auteur est, bien entendu, plus restreinte que si l'on admet que l'*animus injuriandi* est un élément constitutif des délits contre l'honneur. Par exemple, on peut imaginer le cas où l'auteur d'une injure a agi sans autre motif suffisant mais aussi sans l'*animus injuriandi*, poussé simplement par le mobile de plaisanter. Dans ce cas-là, l'*exceptio veritatis* (permise, étant donné que l'une des conditions cumulativement exigées pour son exclusion fait défaut) ne lui serait d'aucune aide, puisqu'il ne s'agit pas d'allégations sérieuses, mais d'une plaisanterie pure et simple. Dans ce cas-là donc, l'inculpé sera puni. Mais il ne l'aurait pas été selon la théorie préconisée par nous, à savoir que l'*animus injuriandi* est un élément subjectif indispensable à la perfection de tout délit contre l'honneur.

⁵⁹ ATF 78 IV 33 ; 80 IV 112 ; 81 IV 236.

⁶⁰ SCHWANDER, *op. cit.*, p. 390, est de l'avis que l'*exceptio veritatis* ne doit pas être accordée à l'inculpé si celui-ci a agi sans motif suffisant, même lorsqu'il n'a pas agi exclusivement ou principalement avec l'intention de dire du mal d'autrui, soit avec *animus injuriandi* (p. ex. par envie de commérage ou avec l'intention de faire sensation, etc.). Contra : ATF 82 IV 93 ss. E 2.

⁶¹ ATF 74 IV 101, cons. 2 ; 77 IV 99 cons. 4 ; JdT 1967 IV 89. De cet avis sont aussi : LOGOZ, *op. cit.*, comm. sur l'art. 177, p. 256 ; HAFTER, *op. cit.*, B.T., 1. Hälfte, p. 203.

⁶² Sur la calomnie, voir ci-dessous, p. 281.

Néanmoins, le TF s'étant occupé spécialement du sujet des satires, dans un arrêt publié in JdT 1960 IV 49 s., préconise des solutions variées ; il distingue trois cas. Dans le cas où les auditeurs — et, s'il s'agit d'injure, l'intéressé lui-même — n'ont pas pris au sérieux la déclaration faite sur le mode badin, il n'existe pas d'atteinte à l'honneur, « faute de la réunion des éléments objectifs de l'infraction ». Dans le cas où les intéressés *ou* les auditeurs prennent l'allégation au sérieux, alors que l'auteur ne pensait pas être pris au sérieux, « c'est l'intention délictuelle qui fait défaut ». Enfin, dans le troisième cas, l'auteur se rend compte que ses allégations peuvent être prises au sérieux : alors, « il n'est pas injuste qu'on le punisse, s'il ne prouve pas que ses allégations sont conformes à la vérité ou qu'il avait de sérieuses raisons de les tenir de bonne foi pour vraies ». Or, cet arrêt, dans le deuxième cas qui de loin est le plus important (puisque, pratiquement, le problème ne se présente que lorsque l'intéressé *ou* les auditeurs prennent l'allégation au sérieux), fonde l'impunité sur l'absence d'intention délictuelle, intention qui dans ce cas n'est que l'*animus injuriandi* ; et cela sans même avoir recours à la preuve libératoire. Cette position dans ce cas spécial s'harmoniserait mieux dans le cadre de notre position générale sur le problème.

7. Groupe III : délits d'expression (« Ausdrucksdelikte », selon Zimmerl et Mezger)⁶³.

Dans ces délits, il existe une condition commune de nature subjective : la connaissance de certains faits et, nonobstant, l'intention de mentir au sujet de ces faits. L'élément subjectif qui confère le caractère blâmable à ces actes est justement l'intention de l'auteur d'attester comme vrais des faits qu'il sait être faux. Il s'agit là d'un état

⁶³ Ces délits sont aussi appelés « Aussagedelikte » (délits de déposition, de déclaration). Quelques auteurs appellent « Äusserungsdelikte » (délits de manifestation, d'expression) les délits du groupe précédent (p. ex. WELZEL, *Das d. Strafr.*, 10^e éd., p. 294, 11^e éd., p. 308 ; MAURACH, *op. cit.*, B.T., p. 136). En tout cas, ces délits-ci ont des points de ressemblance avec ceux du groupe précédent. Ils contiennent implicitement, comme ceux du groupe précédent, un état d'esprit qui incite l'auteur à son acte, au moment d'agir ; et encore ils sont tous deux des « Kundgebungsdelikte » pouvant influencer l'opinion des tiers (v. GRISPIGNI, *op. cit.*, pp. 153 s. ; MAURACH, *loc. cit.*). De plus, leur point blâmable et anti-social, comme celui du groupe précédent, consiste dans ce que l'auteur exprime. Mais, tandis que, dans les premiers, l'auteur est blâmable en exprimant ses vrais sentiments, dans les seconds il est blâmable en exprimant le contraire de ce qu'il croit et qu'il considère comme vrai.

Nous nous sommes donc décidée à les traiter séparément, en raison non seulement de la différence susdite, mais surtout afin de mieux éclairer les deux groupes dont chacun contient plusieurs délits et présente des problèmes distincts.

d'esprit, d'une tendance psychique qui, comme celles que nous avons déjà examinées (la tendance sexuelle et l'*animus injuriandi*) inspire l'auteur au moment de commettre son acte, c'est-à-dire lorsqu'il « s'exprime » (d'où leur nom de délits d'expression, « *Ausdrucksdelikte* »).

Cet état d'esprit n'est pas un but : on n'atteste pas consciemment comme vrais des faits faux dans le dessein de mentir, on doit avoir en vue un autre but.

Il n'est pas normal non plus que cette tendance de mentir soit le mobile de l'acte, c'est-à-dire le mobile unique ou la résultante de plusieurs mobiles ou encore le mobile principal. Vouloir mentir pour mentir n'est pas normal du point de vue psychologique⁶⁴. On ment bien pour quelque autre raison, surtout lorsqu'on sait que les déclarations ou les allégations fausses ont des conséquences pénales pour soi. On tâche de faire croire à autrui des choses fausses comme vraies, poussé, par exemple, par la vengeance, par le désir d'un gain matériel ou par le sentiment de l'amitié, etc. La tendance donc de faire croire à autrui des allégations fausses comme vraies ne peut être qu'un mobile secondaire dans le faisceau des mobiles, et en même temps un mobile de genèse ultérieure, dernier-né dans la chaîne des mobiles. Néanmoins, il n'en est pas moins indispensable.

Nous citerons ci-dessous quelques articles du CPS comprenant des délits d'expression.

L'art. 303 ch. 1 (dénonciation calomnieuse) exige que celui qui a dénoncé à l'autorité une personne comme l'auteur d'un crime ou d'un délit *sache que celle-ci était innocente*. Il exige encore un but spécial visé par le dénonciateur : celui de faire ouvrir contre la victime une poursuite pénale. Cet article donc contient deux éléments subjectifs, outre la volonté de commettre l'acte objectif (= dol ordinaire): 1) la connaissance de la vérité et, partant, l'intention de mentir ; 2) le dessein spécial d'entraîner la poursuite pénale contre un innocent.

Cette même intention de mentir est sous-entendue dans la structure juridique des art. 306 (fausse déclaration d'une partie en justice), 307 (faux témoignage), 174 (calomnie)⁶⁵. Ce dernier article exige

⁶⁴ Cela est possible mais anormal.

⁶⁵ L'exigence par la loi de cet élément subjectif ne signifie pas que cet élément appartienne nécessairement à l'illicéité. Selon le CPS on devrait plutôt dire qu'il appartient au dol en raison de l'art. 18 ch. 2, v. ATF 76 IV 243 ; donc, s'il fait défaut, il n'existe pas de dol. La calomnie peut être également placée dans le groupe II (v. *supra*). En effet, elle contient des éléments subjectifs dont l'un appartiendrait au groupe II, cependant que l'autre appartiendrait au présent groupe. En tout cas, selon les deux opinions, la typicité au sens large ne se complète pas.

donc, outre la volonté d'exécuter l'acte objectif, 1) l'*animus vilipendendi* ou *injuriandi*, 2) l'intention de faire croire à autrui, en mentant, des faits faux comme vrais. Le chiffre 2 de ce dernier article exige même un troisième élément subjectif qui est une circonstance aggravante : le but spécial d'« avoir cherché de propos délibéré, à ruiner la réputation de sa victime ». Ce dernier ne doit pas être confondu avec l'*animus vilipendendi* ou *injuriandi*. Il consiste dans la poursuite consciente d'un but, après mûre délibération (« *planmässig* », dans le texte allemand), c'est-à-dire en application d'un plan conçu après réflexion. Ce plan doit tendre « à la ruine de la réputation de la victime » et non pas à une simple diminution de cette réputation⁶⁶.

L'interprétation des dispositions susmentionnées du CPS n'est pas faite de façon uniforme, tant par les auteurs que par la jurisprudence : il y a des délits où le *dol* éventuel ne suffirait pas, tandis qu'il suffirait dans d'autres. Il ne suffirait pas dans les dispositions où la *connaissance* de la fausseté est expressément exigée par le texte du code. C'est le cas lorsque, dans la version allemande de ce code, est employée l'expression « *wider besseres Wissen* » et, dans la française, l'expression « qu'il savait... » (par exemple, art. CPS 303, 304, 174). Dans les autres cas, l'auteur doit, en principe, avoir eu conscience de faire une déclaration objectivement fausse, mais le *dol* éventuel suffit, c'est-à-dire qu'il suffit que l'agent ait la conscience que ce qu'il dit est probablement faux et que, néanmoins, il le dise⁶⁷.

Plus particulièrement, dans la dénonciation calomnieuse (art. 303) l'interprétation considère que le *dolus eventualis* suffit quant au dessein spécial de la poursuite pénale : c'est-à-dire qu'il suffit que le dénonciateur prévoie simplement la poursuite pénale comme la suite probable de son comportement ; mais on considère que le *dolus eventualis* ne suffit pas pour ce qui est de savoir que la personne dénoncée

⁶⁶ V. ci-dessus, groupe II *in fine*.

⁶⁷ V. THORMANN - v. OVERBECK, *op. cit.*, pp. 429 et 436 ; SCHWANDER, *op. cit.*, p. 387 n° 608, p. 498 n° 763, p. 502 n° 769a ; LOGOZ, *op. cit.*, P.S., pp. 712, 714, 724, 730. HAFTER, *op. cit.*, B.T., pp. 793, 801, 808. SCHULTZ, *Falsche Anschuldigung und falsches Zeugnis*, in RPS, 1953, p. 254.

La même distinction est faite en Allemagne dans l'interprétation des §§ 164 (falsche Anschuldigung), 153 (falsche uneidliche Aussage) et 154 (Meineid). — V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, Bem. 9 § 153, 29 § 154, 32 § 164 ; MAURACH, *op. cit.*, B.T., pp. 680, 695. — Dans l'interprétation du § 156, la théorie dominante en Allemagne admet que le *dol* éventuel suffit *malgré* l'expression employée par la loi (« *wissentlich* »), v. MAURACH, B.T., p. 690. En revanche, cette distinction n'est pas faite en Italie, v., p. ex., GRISPIGNI, *op. cit.*, II, pp. 134, 152, 168. Pareillement en Grèce, v. CHORAFAS, *op. cit.*, pp. 192-193.

est innocente⁶⁸. Cette interprétation nous paraît juste quant à la dernière partie, mais non quant à la première. En effet, comme nous venons de le dire, nous pensons que, dans les délits de dessein, le dessein ne peut jamais être éventuel : il s'agit là d'une antinomie psychologique, fondée, à notre avis, sur une position erronée, à savoir que, lorsque l'auteur prévoit le résultat de son acte comme simplement probable, il s'agit de dol éventuel.

C) 3^e CATÉGORIE : DÉLITS CONTENANT DES « GESINNUNGSMERKMALE » (MODES D'AGIR AYANT TRAIT À LA MENTALITÉ).

1. Il y a quelques dispositions du CPS où le législateur mentionne, comme éléments constitutifs de certains types de délits, certaines circonstances qui ne sont ni des buts ni des mobiles, mais seulement un jugement de valeur embrassant l'acte global (c'est-à-dire le côté matériel-objectif et le côté psychique-subjectif⁶⁹). Telles sont, par exemple, les dispositions où la loi exige que le délit soit exécuté « méchamment » (böswillig) ou « avec cruauté » (grausam) ou « inconsciemment » (gewissenlos).

Le législateur, dans ces cas, au lieu de décrire en détail le comportement criminel, caractérise sommairement celui-ci. Il s'agit donc d'une description ou plutôt d'une qualification de la façon d'agir du délinquant, mais d'une qualification qui a trait à son attitude psychique lors de l'exécution du délit⁷⁰.

Ces éléments psychiques sont donc situés entre la partie objective et la partie subjective du délit.

Dans la doctrine allemande, la question de l'appartenance de ces éléments à la culpabilité ou à l'illicéité est très controversée⁷¹.

⁶⁸ V. ATF 1950 IV 245, 1954 IV 117 ss. ; SCHWANDER, *op. cit.*, n^{os} 769 et 769a (pp. 501-502).

⁶⁹ V. STRATENWERTH, *Zur Funktion Gesinnungsmerkmale*, in v. Weber - Festschrift, pp. 171, 188.

⁷⁰ Les « Gesinnungsdelikte » (v. *supra*, p. 269) diffèrent donc des délits qui contiennent des « Gesinnungsmerkmale ». Les premiers contiennent des mobiles au sens large, donc des traits caractériels qui constituent la cause psychique de l'acte ; les seconds contiennent une certaine façon d'exécuter l'acte, laquelle, tout de même a trait à l'attitude psychique de l'agent lors de l'exécution, mais il ne s'agit pas là d'un mobile.

⁷¹ Parmi les auteurs qui considèrent ces éléments comme des éléments de l'illicéité, nous citons MEZGER-BLEI, *op. cit.*, p. 103 ; NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, 1955, pp. 31 ss. — Parmi les pénalistes qui les considèrent comme éléments de la culpabilité, nous citons : SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, p. 217 ; WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation...*, *op. cit.*, 1957, p. 56.

L'interprétation du § 211 du C.P. All. (Mord ; assassinat) fut la source de discussions approfondies qui eurent comme résultat la distinction entre les cas qui appartiennent au côté subjectif et ceux qui appartiennent au côté objectif.

En conclusion, on considère que les vrais « *Gesinnungsmerkmale* », parmi ceux qui sont mentionnés dans le § 211 du C.P. All., sont : « *heimtückisch* », perfidement, et « *grausam* », avec cruauté. Ces deux termes signifient une façon d'exécuter l'acte qui en même temps a trait à l'attitude psychique de l'auteur⁷². En revanche, les termes du même paragraphe « avec des moyens dangereux pour la société » (*mit gemeingefährlichen Mitteln*) sont une pure et simple façon d'exécution. A l'extrémité opposée doivent être placées les autres circonstances citées dans ce paragraphe, qui sont toutes des mobiles, et sont par conséquent de nature subjective⁷³.

2. Le CPS connaît quelques cas qui pourraient être considérés comme comprenant de tels éléments objectifs-subjectifs. Tels sont, par exemple, les délits des articles 261 (atteinte à la liberté de croyance et de culte), où l'on exige le fait d'avoir agi *de façon vile ou méchamment*⁷⁴ et 262 (atteinte à la paix des morts), où le fait d'avoir agi *méchamment* est également requis.

L'art. 134 (mauvais traitement et négligence envers les enfants) pourrait servir d'exemple classique du fait que l'expression « avec cruauté » est employée dans le sens d'une façon d'agir. En effet, « traiter avec cruauté » est alternativement requis, comme élément de la structure de ce délit, avec « maltraiter » ou « négliger ».

Quant à l'article 112 CPS (assassinat), qui correspond au § 211 C.P. All. (Mord), il ne mentionne pas expressément les circonstances

⁷² Sont de cet avis : STRATENWERTH, *Strafrecht*, A.T., p. 112, ainsi que *Zur Funktion...*, p. 178 ; MAURACH, B.T., pp. 34 ss. (il les nomme « objektive Tatbestandsmerkmale ») ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. 46 (Tatbestand) et § 211 Bem. 23 ; WELZEL, *Das d. Strafr.*, pp. 79, 283.

⁷³ Il faut noter que quelques auteurs (v. STRATENWERTH, *Strafrecht*, p. 113 et WELZEL, *Das d. Strafr.*, p. 80) soulignèrent tout particulièrement les dangers inhérents à un emploi exagéré que ferait le législateur (comme c'est le cas en Allemagne), de types de délits contenant de ces descriptions qui sont de vagues jugements de valeur, au lieu de vraies descriptions objectives.

⁷⁴ Il y aurait, selon nous, une légère nuance entre : agir « par méchanceté » et agir « méchamment ». Le premier indique un état d'âme plus durable. L'expression : « de façon vile » indique plus nettement une façon d'agir que le mot « méchamment ». L'art. 156 (extorsion et chantage) emploie une expression qui évoque très nettement un mode d'agir : « en usant de violence ou de menace grave » ; ces deux modes d'exécution ne sauraient être confondus avec des éléments subjectifs.

objectives ou subjectives qui sont indispensables à sa structure juridique. Il dit qu'elles doivent dénoter que le délinquant est particulièrement pervers ou dangereux (ce qui nous semble, d'ailleurs, préférable du point de vue législatif). C'est la jurisprudence qui a précisé ces circonstances, en admettant aussi bien les mobiles que le mode d'exécution de l'acte comme indices de la perversité ou de la périculosité particulières ; seulement, la jurisprudence n'a pas toujours distingué entre mobiles et mode d'agir ayant trait à la mentalité (*Gesinnungsmerkmal*). Par exemple, l'arrêt de la Cour criminelle de Lucerne publié in SJZ, 1949, p. 309 (d'ailleurs très intéressant) paraît considérer la perfidie ou la cruauté comme mobiles (cons. 5), cependant que l'arrêt publié in BJP 1950 N° 228 mentionne séparément, d'une part la façon d'exécuter (*Art der Tatbegehung*), comme l'exécution avec perfidie ou cruauté, d'autre part les mobiles. L'ATF 95 IV 166 ne les distingue pas assez nettement. A notre avis, la cruauté et la perfidie ne sont pas des mobiles. Ce n'est qu'une personnalité tout à fait anormale qui pourrait avoir comme mobile d'un meurtre une pure et simple cruauté, ou, plus encore, une pure et simple perfidie ; toutes les deux, bien qu'elles aient trait à son psychisme, peuvent très bien s'être extériorisées au moment de l'action sans pour autant avoir été la cause psychique de l'acte même.

La distinction en question est intéressante du point de vue de la fixation de la peine. Cette distinction est également intéressante pour l'application des dispositions sur la participation. Ces deux questions seront examinées, en corrélation avec toutes les espèces des éléments subjectifs, dans les conclusions de la présente section (conclusions 2 et 7).

CHAPITRE III

LES MOBILES COMME CIRCONSTANCES AGGRAVANTES OU ATTÉNUANTES SPÉCIALES

1. Plusieurs dispositions du CPS contiennent des circonstances aggravant ou atténuant le délit tel qu'il est fondamentalement décrit par l'article qui l'établit. C'est ainsi que des délits qualifiés ou privilégiés sont formés par la loi.

Parmi ces circonstances, il y en a qui consistent en un but, en un mobile déterminé ou encore en une qualité de l'agent constituant un trait caractériel ou une façon d'être de celui-ci (mobiles au sens large). On peut faire deux remarques générales, à savoir que 1°) buts et mobiles sont employés beaucoup plus souvent comme circonstances aggravantes spéciales que comme circonstances atténuantes spéciales¹ et 2°) un mobile stricto sensu est rarement employé par le code, soit comme circonstance aggravante spéciale, soit comme circonstance atténuante spéciale. En revanche, ce sont quelques mobiles au sens large, surtout certains traits caractériels concernant la façon d'être, la mentalité de l'auteur (*Gesinnung*), qui servent le plus souvent de circonstances aggravantes spéciales (et quelquefois de circonstances atténuantes spéciales).

Nous allons par la suite examiner les circonstances spéciales qui incluent un dessein ou un mobile, en commençant par celles qui constituent des circonstances aggravantes.

2. Mobiles et buts comme circonstances aggravantes spéciales.

Il y a très peu de mobiles proprement dits qui jouent le rôle de circonstance aggravante spéciale dans le CPS. Ces mobiles étant

¹ Cela nous paraît explicable par le fait qu'il existe, dans la partie générale, une disposition prévoyant des circonstances atténuantes générales (art. 64), cependant qu'il n'existe pas d'article analogue prévoyant des circonstances aggravantes générales.

* conscients, coïncident avec les buts quant à la représentation de la cible visée ; c'est pourquoi on peut les qualifier de buts, si l'on tient compte seulement de cette représentation. Tel est, dans l'art. 174 (calomnie) ch. 2, le mobile de « chercher de propos délibéré à ruiner la réputation de sa victime ».

Les art. 182 (séquestration) ch. 2 et 183 (enlèvement) deviennent des délits qualifiés si l'auteur a exécuté ces actes soit pour abuser personnellement de la victime, soit pour la livrer à la débauche ou permettre à d'autres d'abuser d'elle. Or, dans le cas où c'est l'auteur lui-même qui désirait abuser de la victime, c'est une tendance lascive (mobile) qui l'incite au crime (ce qui n'empêche pas que d'autres mobiles puissent concourir ou que le mobile final ou principal soit autre). Dans le cas où l'agent avait l'intention de livrer la victime à la débauche d'autrui, il s'agit plutôt d'un but, et le mobile peut varier.

L'art. 318 (faux certificat médical) prévoit implicitement le mobile d'un intérêt pécuniaire illégitime comme circonstance qui fait de ce délit un délit qualifié (dernier alinéa du ch. 2). Un vrai but-circonstance est mentionné dans les délits des articles 146 (soustraction d'énergie) ch. 2, et 159 (gestion déloyale) ch. 2. Le premier cite « le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime » et le second, le « but de lucre », comme éléments qui font des deux délits précités des délits qualifiés. Le dessein de lucre fait aussi un délit qualifié du délit de la violation du devoir d'élever l'enfant (art. 219 ch. 2) ainsi que de celui de la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 ch. 2).

Parmi les traits caractériels qui servent de circonstances aggravante spéciale, ceux qui sont le plus souvent cités sont : celui de l'exercice d'un délit « par métier », celui où l'auteur est particulièrement dangereux ou pervers, ou bien celui où l'auteur a agi par bassesse de caractère.

Le délinquant « par métier » ou professionnel possède, comme nous avons déjà développé dans le chapitre précédent² une tendance plus ou moins enracinée dans son caractère, à savoir une tendance de gagner sa vie, totalement ou partiellement, par une activité délictueuse.

L'accomplissement d'un délit déterminé « par métier » présuppose donc cette tendance de l'agent ainsi que le dessein (*Absicht*) de

² V. Ch. précédent, p. 270 ; v. également *supra*, p. 190.

se procurer les moyens de vivre par le délit concret (lequel ne constitue qu'une partie de son activité délictueuse dirigée vers le même but). A notre avis donc, dans un délit perpétré par métier, deux éléments subjectifs sont implicitement requis : la tendance à l'activité délictueuse en tant que profession, qui constitue au fond un mobile au sens large, et le but concret qui en découle, à savoir celui de se procurer par le délit concret des moyens nécessaires à sa subsistance.

Le TF considère qu'un délit est commis par métier lorsque l'agent 1° agit dans le dessein de se procurer un « revenu » et 2° qu'il est prêt à agir, dans le même dessein à l'égard d'un nombre indéterminé de personnes, à savoir toutes les fois qu'une occasion se présenterait³. Il nous paraît que cette dernière condition correspond plus ou moins à la tendance dont nous venons de parler et que nous considérons comme l'un des deux éléments subjectifs contenus dans le concept analysé.

L'opinion selon laquelle le mobile peut être « l'amour du prochain » (ATF 88 I 97, 70 IV 135) ne nous paraît pas correcte. Cette interprétation ne correspond pas à l'esprit du législateur, qui voulait punir plus sévèrement une personne d'une dangerosité ou perversité accrue. D'ailleurs le but de gagner sa vie par le délit (à savoir *un intérêt financier égoïste* qu'on vise à satisfaire par une activité délictueuse systématique) fait défaut⁴.

Dans le CPS il existe plusieurs dispositions qui prévoient une peine aggravée lorsque l'agent fait métier d'un délit. Telles sont, par exemple, le ch. 3 de l'art. 119 ; le ch. 2, al. 2 de l'art. 137 (vol par métier) ; le ch. 3 de l'art. 144 (recel par métier) ; le ch. 2 de l'art. 148 ; le ch. 2 de l'art. 156 (extorsion et chantage par métier) ; le ch. 2, dernier al. de l'art. 202 (Traite des femmes et des mineurs par métier) ; le ch. 1, al. 2, de l'art. 243 (dépréciation de la monnaie par métier) ; le ch. 2 de l'art. 252 (faux dans les certificats, qui devient un délit plus grave s'il est exercé par métier).

³ V. ATF 70 IV 12 ; 70 IV 135 ; 72 IV 107 ; 74 IV 141 ; 79 IV 11, 118 ; 86 IV 207 ; 88 I 97, 88 IV 19 ; 94 IV 21 s. Le TF ne paraît pas distinguer entre dessein et mobile, employant indistinctement les vocables « Beweggrund » ou « Absicht » (78 IV 56 ; 88 I 97 ; 72 IV 109 ; 78 IV 156 ; 76 IV 13, 119). Il ajoute même parfois qu'il n'est pas nécessaire que ce dessein (ou mobile) soit le mobile unique ou principal de l'agent, et qu'il est encore possible que les mobiles (« Motive ») soient autres (88 I 97).

⁴ V. DIEZ (*Die Strafzumessungsgründe im B.T. des Stgb., insbesondere die Gewerbsmässigkeit*, 1944, p. 141), et GROB (*Der Begriff der Gewerbsmässigkeit im schw. Stgb.*, 1949, p. 42) et GUKELBERGER (*op. cit.*, p. 59) entendent un dessein de lucre dans l'exercice par métier, mais avec la différence que dans ce dernier il existe un dessein durable de faire de cette activité un métier. Néanmoins GUKELBERGER, *op. cit.*, p. 59, 3, n'exclut pas un mobile altruiste.

Quant aux cas où le caractère dangereux ou pervers de l'auteur est mentionné comme une circonstance spéciale, nous avons déjà exposé, dans ce même travail, l'idée que, pour la constatation de la dangerosité, le mobile est un indice important. Une disposition donc qui se réfère à la dangerosité, sans se référer expressément à un mobile concret, se réfère implicitement, mais non nécessairement, à un mobile idoine pour la constatation de la périculosité. Tel est le cas de l'art. 137, ch. 2 dernier al. (délit qualifié si l'auteur est particulièrement dangereux)⁵. On peut en dire autant du 3^e alinéa du ch. 2 de l'art. 139 (brigandage).

Un cas semblable est envisagé par l'art. 112 (assassinat). Il mérite un examen tout particulier. Selon cet article, l'homicide devient le crime qualifié d'assassinat si l'auteur « a tué dans des circonstances ou avec une préméditation dénotant *qu'il est particulièrement pervers ou dangereux* ». La perversité et la dangerosité sont alternativement requises⁶.

La première se réfère à la culpabilité et notamment à la qualité de celle-ci. Nous nous sommes déjà occupée, dans la première partie de la présente étude, de l'influence exercée par les mobiles sur le jugement concernant la qualité de la culpabilité. Par ailleurs, un mobile particulièrement immoral — vil, bas, cruel — serait l'indice d'une perversité ou d'une périculosité plus graves, cependant que l'harmonie de ce mobile avec le caractère global de l'agent indique une quantité de périculosité accrue, c'est-à-dire une plus grande probabilité de réitération⁷.

L'art. 112 CPS dit de façon générale et sans autre explication que la perversité et la dangerosité particulières peuvent résulter des circonstances ou de la préméditation. Dès lors, on ne peut tenir compte de la préméditation que si elle indique une perversité ou une périculosité particulières. Nous ne pouvons que louer cette solution, qui s'harmonise avec les remarques faites sur la préméditation dans la première partie de ce travail, dans lesquelles nous soulignons que la préméditation pourrait constituer une circonstance aggravante ou

⁵ V. BJP 1947, n° 177.

⁶ Cette opinion est contestée (en dépit de l'expression employée par la loi) en raison des conséquences qu'elle pourrait entraîner dans le cas où il existerait une périculosité accrue chez un individu qui n'est pas particulièrement pervers (p. ex. malade mental), v. BINDER, *Der juristische und psychiatrische Massstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte*, in RPS 1952, pp. 323 s. ; STRATENWERTH, *Schw. Strafrecht*, B.T., I, pp. 26-27. Cf. *infra*, n. 14 et *supra*, pp. 113 et 121 s., où nous posons le problème des relations existant entre culpabilité et périculosité *sur un plan général*.

⁷ V. *supra*, pp. 110-130.

atténuante selon les cas et selon le sens qu'on donne à cette notion de préméditation⁸.

Quant aux circonstances qui indiqueraient la perversité et la péri-culosité particulières, elles ont été examinées de façon détaillée par la jurisprudence — qu'il s'agisse de circonstances objectives ou subjectives ; les subjectives sont la mentalité (*Gesinnung*) et les mobiles. Les mobiles qui témoignent d'un état moral extraordinairement bas (BJP 1950 N° 228) ou d'une mentalité particulièrement perverse (BJF 1950 N° 110) ou qui sont répréhensibles (en combinaison avec les circonstances objectives, JdT 1951 IV 109) sont des indices de la perversité ou de la péri-culosité que l'art. 112 exige de façon alternative. Il y a des arrêts qui nomment explicitement les mobiles particulièrement immoraux, mobiles qui pourraient qualifier le meurtre d'assassinat ; par exemple l'arrêt publié in SJZ 1949, p. 310, cite : la soif de tuer (*Mordlust*), la cupidité (*Habgier*) la cruauté et la perfidie⁹. Mais, à notre avis, les deux dernières, ne sont pas, en règle générale, des mobiles¹⁰. Là-dessus nous croyons utile de rappeler que le mobile n'est qu'un indice et que pour le jugement de perversité ou de péri-culosité particulière il faudra tenir compte de toutes les circonstances subjectives et objectives¹¹.

Nous remarquons que la jurisprudence n'examine pas le degré de l'appartenance des mobiles au caractère de l'assassin, ce qui serait un indice précieux pour le pronostic de réitération que présuppose le jugement relatif à la péri-culosité.

⁸ V. *supra*, p. 48. — Il est donc possible qu'un homicide avec « préméditation » soit caractérisé de meurtre par passion, puisque le critère légal n'est que la perversité ou la péri-culosité particulières. V. JdT 1944 IV 74, SJZ 1949 309, cons. 6 ; BJP 1958 n° 158. V. encore HAFTER, B.T., 1. Hälfte, p. 17 ; J. GRAVEN, *Meurtre, assassinat ou meurtre par passion ?* in RPS 61, pp. 347 ss. et 368 ss. ; du même auteur, *La répression de l'homicide en droit suisse*, in RSC 1966, pp. 233 ss. ; CORNAZ, *Vorsätzliche Tötung, Mord, Totschlag*, FJS 1221 ; GERMANN, *Das Verbrechen...*, p. 226. Nous notons que les codes pénaux cantonaux distinguaient l'assassinat précisément par la préméditation. Le C.P.Fr. en fait autant, v. art. 295, 304 al. 3 et 296, 302. Le C.P. Gr. régit le meurtre intentionnel en général par l'art. 299, qui ne distingue, dans le ch. 2, que le délit privilégié de meurtre par émotion violente.

⁹ Le Projet de 1918 mentionnait expressément les mobiles qui faisaient du meurtre un assassinat. Tels étaient : la soif de tuer (*Mordlust*), la cupidité, la perfidie, une cruauté particulière, l'intention de cacher par le meurtre un autre délit.

¹⁰ V. chap. précédent, p. 285. — Sur les mobiles dans l'assassinat v. encore 80 IV 234 (238), 95 IV 166.

¹¹ Dans ce sens SJZ 1949 310 cons. 7. Ce point de vue est plus évident dans la jurisprudence relative à l'art. 113 (meurtre par passion), citée *infra*, n° 3.

En outre nous remarquons que la périculosité, notion indépendante de la faute¹², ne devrait pas influencer sur l'aggravation de la *peine*, surtout dans un système répressif fondé sur la culpabilité, tel le système suisse¹³. Nous estimons donc que la disposition de l'art. 112 relative à la périculosité constitue une exception s'adaptant mal au système général, système dans lequel la périculosité, en règle générale, n'entraîne comme conséquence qu'une mesure de sûreté¹⁴.

La « bassesse de caractère » que certains articles mentionnent comme circonstance aggravante consiste plutôt en un jugement de valeur global concernant le caractère de l'agent ; ce qui au fond signifie encore que l'agent a été mû par des mobiles vils (par méchanceté, par perfidie, etc.). Ce sont les articles 145, ch. 2 (dommages à la propriété), 232, ch. 1, dernier al. (propagation d'une épizootie), 233 (propagation d'un parasite dangereux) ch. 1, dernier al., qui font des délits qualifiés de ces trois types de délits, si l'agent a agi « par bassesse de caractère » et que le dommage a été considérable.

Par ailleurs, l'art. 139 (brigandage) se sert d'un « *Gesinnungsmerkmal* » (soit une façon d'agir qui a trait au psychisme de l'agent, c'est-à-dire que ce dernier a usé « d'une cruauté particulière ») pour en faire un brigandage qualifié (ch. 2 dernier al.). Pareillement, l'art. 182 (séquestration), ch. 2, dernier al., prévoit le cas où l'agent a traité « avec cruauté » la personne séquestrée, comme un élément distinctif d'un délit de séquestration qualifié.

L'art. 195 (circonstances aggravantes applicables aux art. 187-194 qui concernent des délits contre les mœurs) statue que la peine sera plus grave (réclusion de trois ans au moins) si l'agent « s'est livré à des actes de cruauté ». Cette expression fait ressortir sa nuance objective mieux que l'expression « avec cruauté ».

3. *Mobiles et buts comme circonstances atténuantes spéciales.*

Parmi les cas rares où le CPS emploie ces éléments subjectifs comme circonstances atténuantes spéciales, nous mentionnons les articles qui suivent.

¹² Dans ce sens, justement, SJZ 1949 310, cons. 7.

¹³ V. sur cette question, de façon détaillée, *supra*, pp. 161 ss., 167 s.

¹⁴ Une conséquence de cette mauvaise adaptation est celle que soulignent BINDER et STRATENWERTH, v. *supra*, p. 289, n. 80. A notre avis, on ne devrait prendre en considération la périculosité, lors de la fixation de la *peine*, ni alternativement ni cumulativement.

L'art. 120, ch. 3 fait du mobile de la détresse grave une circonstance très atténuante (art. 66) de l'interruption de la grossesse. Le mobile de soulager cette détresse grave constitue une circonstance atténuante pour le médecin également ¹⁵.

Le ch. 2 de l'art. 308 mentionne comme circonstance d'atténuation libre de la peine (art. 66) applicable à l'auteur des délits cités aux articles 306 et 307 le fait que l'auteur a eu comme mobile le désir de sauver ses proches d'une poursuite pénale. Ce mobile peut même servir de cause d'excuse spéciale dans le délit de l'article 305 (entrave à l'action pénale).

Le délit de l'art. 114 peut être considéré comme un homicide privilégié dont le mobile de compassion est un des éléments distinctifs ¹⁶. Il est vrai que l'exigence de ce mobile n'est pas admis par une partie de la doctrine ¹⁷. Mais il nous semble que l'interprétation adoptée par nous est conforme à l'esprit qui inspira le législateur. En effet, l'article correspondant du Projet Stooss (art. 53) citait expressément « des mobiles honorables ». De plus, l'interprétation contraire ferait paraître le législateur comme ayant l'intention de créer des inégalités injustes par les art. 114 et 115 ¹⁸.

L'art. 113 prévoit un autre meurtre privilégié qui a, implicitement, trait aux mobiles, le « meurtre par passion » ¹⁹. Le délinquant dans

¹⁵ V. sur l'interprétation de ladite disposition, J. GAUTHIER, *Réflexions sur les art. 118 et suivants du CPS*, 1972, p. 269.

¹⁶ De cet avis sont J. GRAVEN, *Faut-il punir l'euthanasie ?* in R. Int. Cr. P.T. bien qu'il emploie une expression un peu ambiguë « d'ordinaire » ; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942, p. 56, note 62 ; THORMANN - v. OVERBECK, *Kommentar*, Bem. 2 et 4 sur l'art. 114 ; HOLER, *Die Einwilligung des Verletzten*, *op. cit.*, pp. 137 s. ; JACOMELLA, *Il consenso del leso*, *op. cit.*, p. 370 ; STRATENWERTH, *Schw. Strafr.*, B.T., p. 33.

¹⁷ V. SCHWANDER, *op. cit.*, p. 309, qui paraît ne pas l'admettre.

¹⁸ V. la critique de SCHWANDER sur ce sujet, *op. cit.*, p. 309. Mais ces inégalités ne se présentent pas avec l'interprétation admise dans notre texte. En effet : a) si le mobile est altruiste, l'auteur du délit de l'art. 114 sera condamné à l'emprisonnement, cependant que l'auteur du délit de l'art. 115 ne sera pas puni, ce qui ne nous semble pas choquant, puisque l'auteur du premier délit est le meurtrier même ; b) si le mobile est égoïste, l'auteur du délit de l'art. 114 sera puni conformément à l'art. 111, cependant que celui de l'art. 115 sera puni de la réclusion ou de l'emprisonnement, ce qui ne nous semble pas non plus injuste pour la raison déjà dite, c'est-à-dire en vertu de la partie objective du délit sur laquelle justement SCHWANDER voudrait qu'on mit l'accent. Il nous paraît donc que le législateur a tenu compte, à juste titre, des côtés objectif et subjectif de ces actes. Le C.P.All. paraît admettre l'opinion soutenue dans notre texte (paragr. 216). Le C.P.Gr. (art. 300) exige expressément le fait d'avoir agi « par compassion ».

¹⁹ Le titre de l'art. 113 emploie l'expression « par passion » cependant que le texte même parle d'« émotion ». Dans l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle on comprend, dans ledit article, ces deux notions indistinctement ; v.

ce cas agit sous l'influence d'une « émotion violente » que les circonstances rendaient « excusable ». Le premier de ces deux termes (« violente ») se réfère à l'intensité de l'émotion, cependant que le second (« excusable ») se réfère à la qualité de celle-ci²⁰ ; toutes les deux sont indispensables pour l'existence d'un « meurtre par passion ».

La notion « excusable » implique une valorisation éthique de l'émotion²¹. Or, les mobiles sont un indice précieux de la qualité morale de cette émotion violente. En effet, les mobiles sont des indices que l'émotion violente est excusable si, vue en rapport avec les autres circonstances, ils la justifient du point de vue de la morale²² ; il faut donc qu'ils ne soient pas exclusivement ou principalement égoïstes, vils, provenant d'instincts vulgaires²³.

4. Tous les éléments subjectifs qui ont été examinés dans ce chapitre pourraient être considérés comme éléments constitutifs de types de délits qualifiés (plus graves) ou privilégiés (plus légers). Néanmoins, ils pourraient également être considérés comme circonstances personnelles spéciales. L'usage de l'une ou l'autre étiquette, étiquette qui correspond à une place différente occupée par ces éléments dans la structure juridique du délit, peut avoir des répercussions importantes dans le cas de participation de plusieurs personnes à la perpétration d'un délit.

Ce sujet est traité plus à fond dans les conclusions qui suivent (conclusion 7).

sur ces deux nuances de l'affectivité *supra*, p. 52. Cf. WALDER, *Der Affekt und seine Bedeutung im schweiz. Strafr.*, in RPS 1965, pp. 34 s. ; J. GRAVEN, *Les problèmes de l'application des dispositions légales au meurtre « par passion » en droit suisse*, in RPS 1960, pp. 124 ss. ; ainsi que la jurisprudence citée dans les notes suivantes.

²⁰ Nous soulignons le fait qu'il ne s'agit que du caractère excusable de l'émotion et non pas de l'acte, v. ATF 81 IV 150 s., WALDER, *op. cit.*, p. 36. Il s'agit d'un élément subjectif constitutif de ce meurtre privilégié et non pas d'une cause d'excuse.

²¹ V. ATF 82 IV 86 s., WALDER, *op. cit.*, p. 38.

²² V. BJP 1953 n° 25 (arrêt qui exige même que l'émotion paraisse compréhensible d'un point de vue moral *élevé*), BJP 1958 n° 137, BJP 1961 n° 65, BJP 1961 n° 134, RO 82 IV 86.

²³ RO 81 IV 86, BJP 1958 n° 158, BJP 1958 n° 208, BJP 1961 n° 65, SJZ 1949, p. 309. — Sur la question de savoir si l'émotion est excusable en raison de prédispositions malades (psychopathie), v. BJP 1959 n° 202, BJP 1960 n° 15, BJP 1961 n° 188.

CHAPITRE IV

CONCLUSIONS DE LA SECTION B DE LA SECONDE PARTIE

1. De l'examen qui précède, on peut tirer les conclusions suivantes sur le sujet étudié dans la présente section B.

Les éléments subjectifs appartenant aux catégories susmentionnées sont des éléments nécessaires à la structure juridique du délit (Tatbestand, au sens large). Cela, indépendamment de l'appartenance de ces éléments à l'illicéité ou à la culpabilité ou à toutes les deux. Il est donc nécessaire qu'ils soient prouvés pour que le délit soit considéré comme consommé. La preuve de cette existence est facilitée dans certains cas concrets où les actes objectifs laissent clairement paraître ces états d'âme (par exemple la tendance libidineuse dans l'acte sexuel), mais cela ne signifie pas que ces éléments ne doivent pas exister dans tous les cas, même dans ceux où la preuve n'en est pas facile.

2. Nous avons déjà dit que le même élément ne peut pas influencer deux fois sur la peine. Si donc un de ces éléments subjectifs est déjà pris en considération dans la disposition de la partie spéciale qui prévoit la peine pour ce délit, cet élément ne saurait être pris en considération de nouveau dans l'application des art. 63 et 64 ¹.

Les distinctions faites plus haut ont donc l'importance pratique d'élucider la nature et le sens de l'élément subjectif contenu dans chaque délit, afin qu'on puisse appliquer correctement le principe précité lors de la fixation de la peine.

¹ Le C.P. All. contient dans le § 13 de la 1^{re} loi de 1969, lequel règle la fixation de la peine, la disposition suivante (ch. 3) : « Umstände die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden » (les circonstances qui sont déjà des éléments de la structure juridique ne peuvent pas être prises en considération). Cf. aussi le CP éthiopien (rédigé par J. GRAVEN), art. 79 ch. 2 et art. 81 ch. 2.

Nous croyons utile d'aborder ci-après ce sujet plus à fond.

Le but spécial est, parmi tous ces éléments subjectifs, celui qui est le plus souvent explicitement prévu par le CPS (ainsi que par les autres codes pénaux) comme un élément constitutif d'un délit. Il s'agit d'un but immédiat ; par conséquent, les mobiles de ce même acte sont différents et peuvent être pris en considération dans l'application judiciaire de la peine d'un délit de dessein ².

Il faudra en dire autant de tous les éléments subjectifs qui sont des mobiles, mais qui ne sont pas les mobiles que la loi prévoit comme nécessaires pour la perfection d'un délit (par exemple, la vengeance dans un délit contre l'honneur ou la curiosité dans un délit sexuel, délits dans lesquels ces mobiles pourraient coexister respectivement avec l'*animus injuriandi* ou l'*esprit libidineux*).

Mais les éléments subjectifs-constitutifs d'un délit qui ne sont pas des mobiles pourraient être considérés en même temps comme des éléments de la situation personnelle (*persönliche Umstände*) de l'agent, prévue par l'art. 63. Ils ne devront donc pas être pris en considération dans l'application de l'art. 63, sinon le même élément influencerait deux fois sur la peine. Par exemple, le fait d'avoir agi « de façon vile » ou « méchamment », exigé pour le délit de l'art. 261 (appartenant à la troisième catégorie, puisqu'il comporte un trait de la mentalité, *Gesinnungsmerkmal*, qualifiant le mode d'agir) ne saurait être pris en considération pour aggraver la peine, lors de l'application de l'art. 63, car l'art. 261 en a déjà tenu compte. Mais nous pensons qu'on pourrait tenir compte d'une exécution qui aura été extrêmement méchante ou vile, en fixant la peine dans les limites prévues par l'art. 261.

Par ailleurs, puisque ce « *Gesinnungsmerkmal* » n'est pas un mobile, il n'empêche pas que le vrai mobile de l'acte entre en ligne de compte en application des art. 63 et 64.

Dans les cas où un mobile fait partie de la structure juridique d'un délit, *ce même mobile* ne saurait être pris en considération pour la dosimétrie de la peine, en appliquant les art. 63 et 64 ³. Mais si on a pu mettre au jour des mobiles plus profonds, ces derniers seront pris en considération lors de la fixation de la peine. Par exemple dans le cas de l'art. 138, le mobile de « détresse » et, surtout, celui du désir de « satisfaire une envie » peuvent avoir leur source dans des mobiles profonds, à savoir dans des tendances caractérielles ou pul-

² V. ATF 80 IV 119 s. ; SCHWANDER, *op. cit.*, n° 428a (p. 233).

³ V. JdT, 1945, IV 57.

sionnelles de divers degrés d'immoralité, par conséquent de culpabilité, ce qui devrait influencer sur la peine.

Il nous paraît ainsi que l'application correcte de la règle énoncée dans la présente conclusion est une question d'approfondissement de chaque type de délit. C'est ainsi que, la « détresse profonde » par exemple, en tant que circonstance atténuante prévue par l'art. 64, serait superflue dans le cas de la détresse prévue par l'art. 138, puisque la simple détresse peut même exempter de toute peine l'auteur de ce délit.

Lorsque le mobile est un trait caractériel (mobile au sens large), il est plus profond, plus proche des racines de la personnalité et notamment du caractère. Il est donc beaucoup plus difficile, dans le cas où un trait est un élément constitutif d'un délit, de déceler des mobile plus profonds qui auraient pu encore nuancer la culpabilité, donc influencer sur le dosage de la pénalité.

Cependant, il y a quelques traits caractériels tellement abstraits et généraux qu'on pourrait révéler des causes plus profondes et surtout plus spéciales. Par exemple, c'est « par égoïsme » qu'agit la grande majorité des délinquants dans la plupart des délits. L'égoïsme hypertrophié⁴ est un trait caractéristique du délinquant ordinaire. Mais cet égoïsme, supérieur à celui existant chez l'homme moyen, peut avoir des causes profondes ainsi que des modalités d'extériorisation variées, comportant des nuances différentes d'immoralité ou d'« asocialité » et, partant, de culpabilité. Si donc le fait d'agir « par égoïsme » est un élément subjectif d'un délit (par exemple dans l'art. 135, où l'égoïsme est cité alternativement avec la « méchanceté »), il ne serait pas impossible d'en déceler des mobiles plus profonds, qui pourraient infléchir la fixation de la peine dans un sens ou dans un autre. Quant au degré d'égoïsme, il devrait dans ce cas influencer sur la peine. On pourrait dire, peut-être, la même chose, — quoique dans des limites plus restreintes — du mobile de la méchanceté.

Bien entendu, ce que nous venons d'exposer est valable aussi pour une circonstance atténuante distinctive d'un délit privilégié, dans le cas où cette même circonstance est l'une de celles qui sont citées dans l'art. 64 ; elle n'influerait sur la peine qu'une seule fois.

⁴ Ce qui signifie un échec de la « socialisation », v. *supra*, p. 34. Sur l'égoïsme et la criminalité, v. DI TULLIO, *Principes de criminologie clinique*, 1967, pp. 303 s.

3. On peut se demander si les états subjectifs qui sont des éléments constitutifs d'un délit doivent être toujours conscients.

Le but, on l'a dit, ne peut par sa nature qu'être conscient.

La tendance (disposition) psychique (telle que l'esprit libidineux, l'*animus injuriandi*) doit être aussi consciente, puisqu'il ne s'agit pas d'un mobile profond, mais d'un état d'âme qui a inspiré l'acte au moment de l'exécution⁵.

On doit dire la même chose des autres mobiles proprement dits (ou *stricto sensu*), lorsqu'ils sont expressément requis par la loi comme éléments constitutifs de certains délits ;⁶ les mobiles *stricto sensu* cités dans les dispositions de la partie spéciale du Code ne sont pas des mobiles profonds (ainsi par exemple la détresse, le désir de satisfaire une envie). Mais nous estimons qu'on n'en saurait dire autant des tendances caractérielles, qui sont des mobiles profonds. Par exemple, il nous semble pour le moins rare qu'un délinquant agissant « par cupidité » ait conscience d'être mû par un tel défaut caractériel : il sera tout au plus conscient d'avoir eu une intention de gain illégitime. Nous pensons que, pareillement, celui qui agit « par méchanceté » en sera rarement conscient. Le processus d'auto-légitimation laisse rarement aux criminels la possibilité de s'apercevoir de leurs défauts caractériels. Ce qui ne signifie pas, à notre avis, que ces traits caractériels, s'ils existent effectivement, ne doivent pas être pris en considération dans tous les cas où la loi requiert leur existence.

4. Dans l'application des dispositions du CPS qui ont comme fondement la *redoutabilité* et non pas la culpabilité de l'auteur — dispositions qui s'appuient sur l'approfondissement de la personnalité tout entière du délinquant (par exemple les dispositions sur le sursis ou sur la mesure de l'art. 42) — *tous* ces éléments subjectifs seront pris en considération lors du jugement global de la personnalité.

En ce qui concerne la mesure d'internement prévue par l'art. 42, nous estimons utile de l'examiner en corrélation avec l'exercice d'une activité délictueuse par métier.

⁵ Contra ATF 70 IV 112 (116), à propos d'un délit sexuel : il n'est pas nécessaire que l'auteur se rende compte du *mobile*. Mais dans ce cas-là il s'agit plutôt d'un mobile au sens large, dont l'auteur peut ne pas en être conscient, c'est-à-dire de sadisme (ce qui, selon cet arrêt, signifie lubricité accompagnée de cruauté) chez une enfant.

⁶ Cela ne signifie pas que d'autres mobiles, conscients ou inconscients, ne puissent coexister avec ce mobile conscient-élément constitutif.

Le CPS prend en considération, dans certaines dispositions de la partie spéciale, la qualité de délinquant professionnel (ou par métier), qui constitue une sous-catégorie des délinquants habituels. Le code la prévoit soit comme un élément constitutif de certains délits (par exemple l'art. 201, al. 1), soit comme une circonstance aggravante spéciale d'un délit ou comme un élément constitutif d'un délit qualifié (par exemple l'art. 137, ch. 2 al. II), et en tient compte lorsqu'il prescrit une peine pour ce délit. Par conséquent, la peine qui sera fixée dans les limites prévues par l'article concernant ce délit couvrira aussi la qualité d'« habituel par métier ». Mais cela n'exclut pas, à notre avis, que la mesure de l'art. 42 soit imposée, au lieu de la peine prévue pour le délit concret exercé par métier, si les autres conditions requises par l'art. 42 — outre celle de la qualité de délinquant habituel — existent également.

5. Lorsqu'un but spécial est exigé par la loi, il s'agit, comme il a déjà été dit, d'un but immédiat et non pas d'un but final. A notre avis, ce but spécial pris en tant qu'élément constitutif d'un délit est incompatible avec un *dolus eventualis* ⁷.

La même opinion devrait être valable dans le cas où la loi exige une connaissance de la vérité ; dans ce cas la loi sous-entend l'intention de faire croire à autrui des choses fausses comme vraies en mentant (ce qui présuppose la connaissance de la vérité) ⁸.

Dans les délits où un mobile au sens large (c'est-à-dire une tendance caractérielle ou un mobile proprement dit) est exigé (seconde catégorie, 1^{re} sous-catégorie), il n'existe pas de question de *dol eventual*. Les mobiles existent ou n'existent pas. Une « cupidité éventuelle », par exemple, est dépourvue de sens en droit pénal. Il en est de même pour une « détresse éventuelle » ou la recherche de la satisfaction « d'une envie éventuelle ».

La même opinion devrait être également valable dans les tendances psychiques de la seconde catégorie, 2^e sous-catégorie. Il s'agit d'états d'âme teintés d'affectivité qui sont au fond des mobiles (et non pas des phénomènes volitifs), états qui ne peuvent qu'exister ou ne pas exister.

Néanmoins, l'opinion que nous admettons ci-dessus ne signifie pas qu'un *dol eventual* ne puisse exister dans les délits contenant de tels éléments subjectifs. Elle signifie simplement que le *dol eventual* se rapporterait, évidemment, à la connaissance et à la réalisation de

⁷ V. plus haut, pp. 262 ss.

⁸ V. plus haut, p. 282, la distinction faite en Suisse dans l'interprétation des articles du CPS concernant les délits d'expression (« *Ausdrucksdelikte* »).

la partie objective du « Tatbestand » et non pas au but, au mobile, à la tendance caractérielle, ou bien encore à l'état d'esprit qui inspira l'agent⁹. C'est ainsi que l'injure par exemple, peut, à notre avis, être commise avec un dol éventuel quant au caractère injurieux de l'expression, mais non pas quant à l'esprit de mépris (*animus injuriandi*) ; pareillement le dessein d'enrichissement illégitime ne peut être éventuel que quant à son illégitimité ; l'enrichissement en revanche est voulu directement et non pas éventuellement.

6. Il n'est pas nécessaire que la loi exige explicitement l'existence de certains éléments subjectifs pour la structure de certains délits. Il suffit que, de l'examen approfondi du sens d'un délit il résulte que de tels éléments sont *implicitement* requis. Cela arrive surtout dans les délits où une tendance psychique, un état d'esprit particulier sont sous-entendus (2^e sous-catégorie de la deuxième catégorie). Cette opinion a été admise par tous les adeptes de la théorie des éléments subjectifs de l'illicéité. Mais des auteurs qui ne professent pas la théorie en question admettent toutefois cette opinion en ce qui concerne certains types de délits¹⁰. Le TF a également admis que, dans quelques délits, certains mobiles sont implicitement exigés par la loi¹¹.

7. Les éléments subjectifs que nous venons d'examiner ont une importance particulière dans le cas de la *participation* de plusieurs personnes à l'exécution d'un crime ou d'un délit¹².

⁹ Il nous semble qu'au fond c'est ce que GUKELBERGER entend, *op. cit.*, p. 55. Cf. les remarques intéressantes de STATENWERTH, *Schw. Strafr.*, B.T., p. 116 à propos de la diffamation, p. 170 à propos du dessein d'enrichissement illégitime, et p. 234 à propos de l'escroquerie ; v. aussi SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, Bem. 8 et 9 § 229, 71 § 59.

¹⁰ P. ex., comparer : MANZINI, *Trattato di Dir. Pen.*, 1922, t. VI, p. 585, avec l'édition du même ouvrage de 1950, I, p. 367. De même en Grèce, CHORAFAS, *op. cit.*, p. 249 (en grec) et GAFOS, *Dr. pénal spécial*, E, 1965, p. 7 (en grec). Pareillement, STOOSS, en Suisse, pour les délits sexuels (*Das Motiv im Entwurf...*, *op. cit.*, p. 173).

¹¹ V. JdT 1945 IV 57, en matière d'infractions prévues par la législation anti-communiste de 1945, le mobile d'idéalisme politique ; dans les délits sexuels, lorsque l'acte objectif n'est pas nécessairement libidineux, v., p. ex., ATF IV 33, 86 IV 21. Dans les voies de fait (art. 126 CPS) il a entrevu un « mobile blâmable », sans autre précision (ATF 89 IV 73).

¹² Sur la doctrine concernant ce sujet, v. parmi la riche bibliographie, GALLAS-BOCKELMANN-DAHS-BLAU, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, in Travaux du 7^e Congrès Intern. de Droit pénal, 1957 ; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963 (tout particulièrement pp. 65 ss.) ; du même auteur, *Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht*, in JZ 66, pp. 293 ss. ; LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967 ; LAMPE, *Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen*, in ZStW. 77, pp. 262 ss. ; PIOTET, *Systematik der Verbrechenselemente und Teil-*

La question est régie par les articles 24, 25, 26 du CPS. Quant aux points qui ont trait à notre sujet, ces articles ont été interprétés par le TF de la façon suivante.

En principe, la punissabilité des complices dépend de celle de l'auteur principal (Haupttäter). Pareillement, la punissabilité de l'instigateur dépend de celle de l'auteur, excepté dans le cas où l'auteur du délit est une personne irresponsable, qui agit comme un instrument de l'instigateur. Dans ce cas, c'est l'instigateur qui est considéré comme l'auteur de l'acte (auteur médiateur)¹³ et il est puni comme tel (de façon indépendante).

Ce caractère accessoire a, selon l'interprétation du TF, le sens que l'acte de l'auteur principal doit être non seulement objectivement conforme au type déterminé du délit, mais qu'il doit également remplir les exigences subjectives du délit, c'est-à-dire qu'il doit être commis avec dol et avec tous les autres éléments subjectifs (desseins, mobiles, tendances) requis par la loi pour la perfection de ce délit¹⁴, sans qu'il soit pour autant nécessaire que l'auteur soit condamné¹⁵.

Le TF fonde cette opinion sur la lettre de l'article 24, qui parle de la peine applicable à l'auteur « de cette infraction ». Cette opinion est controversée par l'argument que « cette infraction » pourrait être prise dans une acception objective, c'est-à-dire dans l'acception d'un acte objectivement injuste, sans tenir compte des éléments subjectifs du délit, tels que le dol ainsi que les autres éléments subjectifs requis pour la perfection d'un type déterminé de délit¹⁶.

Le CPS contient une disposition qui règle l'accessorité (l'art. 26), mais d'une façon qui fait naître des problèmes d'interprétation. Or, il nous semble que l'interprétation du TF que nous venons d'exposer est conforme à l'esprit du législateur, puisque l'art. 26 n'a voulu imputer à chaque participant que les circonstances personnelles spé-

nahmelehre, in ZStW 69, pp. 14 ss. V. encore les Rapports présentés au VII^e Congrès Int. de Dr. P., sur le sujet : L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction, in RIDP 1956, 1957.

¹³ V. ATF 71 IV 136 ; 77 IV 91 ; 85 IV 23. — En droit suisse (ch. 2 de l'art. 24 CPS) l'instigateur est également puni s'il a tenté de décider une personne à commettre un *crime*, alors même que cette personne n'a même pas commis de tentative de ce crime.

¹⁴ Cf. ATF 74 IV 49 E. 5, 74 IV 123-124, 80 IV 32 et 34 ; 85 IV 135 E. 5. Dans ce sens également SCHULTZ, *Teilnahme*, FJS 1189, p. 9 ; du même auteur, *Täterschaft und Teilnahme im modernen schweiz. Strafrecht*, in RPS 1956, p. 268. Mais, dans le cas d'irresponsabilité de l'auteur, les complices n'ont pas été privilégiés (conformément à l'art. 26 CPS) par l'ATF 73 IV 99.

¹⁵ Cf. ATF 74 IV 74, 80 IV 34, 82 IV 130.

¹⁶ V. dans ce sens SCHWANDER, *op. cit.*, p. 130 ; il s'agirait-là du système nommé « accessorité limitée », cependant que celui que suit le TF est appelé système d'accessorité extrême.

ciales le concernant et qui ont comme effet « *d'augmenter, de diminuer ou d'exclure la peine* »¹⁷. La loi ne contient donc pas de disposition régissant les relations personnelles *qui créent* la punissabilité. Dès lors, c'est par le biais de l'interprétation qu'il faut combler cette lacune¹⁸.

Or, il nous semble évident que l'art. 26, à l'inverse de ce qu'il prévoit pour les circonstances personnelles augmentant, diminuant ou excluant la punissabilité, n'a pas voulu traiter de façon indépendante pour chaque participant, les circonstances qui créent la punissabilité (« *die die Strafbarkeit überhaupt erst begründen* », selon l'expression de Germann). Les éléments subjectifs en question sont des éléments constitutifs du délit ; partant, ils *fondent* — avec les autres éléments constitutifs — l'acte punissable et créent la punissabilité ; de ce fait, la peine des participants secondaires dépendra de la punissabilité de l'auteur principal¹⁹.

Un autre argument pourrait encore, à notre avis, renforcer le précédent : si l'on admet que les éléments subjectifs en question sont à la fois indispensables pour le fondement non seulement de la culpabilité, mais également du caractère injuste de l'acte (Unrecht) — ce que nous venons d'admettre dans le chapitre II de cette même section —, alors leur présence est nécessaire pour la formation de « cette

¹⁷ L'art. 26 crée donc des questions interprétatives sur trois points, à savoir : quelles sont les circonstances 1° « personnelles » (et non réelles), 2° spéciales, 3° qui augmentent, diminuent ou excluent — *mais ne créent pas* — la punissabilité. Ce n'est que lorsque les circonstances ont ces trois qualités cumulativement, que la peine du participant en sera influencée de façon indépendante.

¹⁸ V. GERMANN, *Das Verbrechen...*, p. 203 ; PIOTET, *Encore des circonstances personnelles spéciales (art. 26)*, in RPS 1967, p. 339.

¹⁹ V. ATF 87 IV 51, 54 = JdT 1961 IV 122 ss. SCHULTZ, *Teilnahme*, FJS n° 1189 p. 6, et FJS 1191 p. 1 ; du même auteur, *Täterschaft und Teilnahme*, in RPS 1956, pp. 244 ss. ; du même auteur in ZBJV 1963, p. 46 ; SCHNYDER, *Täterschaft und Teilnahme bei den Sonderdelikten*, 1962, pp. 162 s. ; BERTSCH-RIEMER, *Die Anstiftung gemäss Art. 24 Stgb.*, pp. 41 s. Contra : PIOTET, *Le champ d'application de l'art. 26 CPS*, in JdT, 1961 IV pp. 98 ss. ; du même auteur, *Encore les circonstances personnelles spéciales (art. 26 CPS)*, in RPS 1967, pp. 339 ss. Cet auteur considère qu'il y a une lacune dans la loi quant aux circonstances personnelles *constitutives*, mais il croit qu'il faut appliquer à celles-ci, par analogie, l'art. 26 CPS (v. RPS 1967, pp. 340 et 360). Dès lors, selon Piotet, il importe peu que l'auteur principal réalise lui-même tous les éléments personnels constitutifs du délit (p. ex. qu'il agisse par cupidité, si la cupidité est une circonstance personnelle constitutive). Dans la négative, l'auteur principal ne serait pas punissable, cependant que les participants secondaires le seraient ; il suffit que l'auteur principal ait eu l'*animus auctoris*, qu'il ait voulu jouer un rôle principal dans l'exécution du délit. Mais de quel délit, nous demandons-nous, puisqu'il n'a jamais eu l'*animus* de commettre un délit ? Seule la loi pourrait régler la question de façon différente (c'est-à-dire selon l'opinion de Piotet), mais alors elle devrait le faire nettement, l'interpréter par analogie ne pouvant pas suffire, vu d'une part la difficulté théorique susdite, d'autre part la formulation de l'art. 26.

infraction », et cela en dehors d'une accessoriété extrême (strenge Akzessorietät). Mais ce dernier argument n'a qu'une valeur relative, puisqu'il dépend de la qualification juridique de ces éléments et de leur place dans la structure juridique du délit.

Le TF a suivi la même ligne dans le cas des délits qualifiés : le complice n'est puni que pour l'acte simple et non pas pour le délit qualifié, si l'auteur principal n'a commis que l'acte simple, et ce dans le cas où même chez le complice existaient les conditions nécessaires pour la perfection du délit qualifié.

Néanmoins, les dispositions de l'article 26 créent, dans le cas des délits qualifiés ou privilégiés, des doutes quant à leur interprétation. En effet, l'art. 26 est une disposition qui repose sur l'indépendance (Selbständigkeit) de la peine par rapport aux circonstances qu'elle couvre. A notre avis, les seules circonstances spéciales personnelles qui entrent indubitablement dans l'art. 26 sont celles qui sont fondées sur des dispositions de la partie générale²⁰. Quant aux éléments subjectifs personnels, le mobile ou le but notamment, qui sont mentionnés dans la partie spéciale du code et qui servent d'éléments distinctifs d'un délit qualifié ou d'un délit privilégié, eux, pourraient être considérés ou bien comme des éléments constitutifs de ce nouveau type de délit — donc comme des éléments qui *créent* ou *fondent* la punissabilité de ce nouveau délit — ou bien comme des circonstances personnelles spéciales qui *simplement augmentent, diminuent ou excluent la peine*. Si l'on suit la première solution, alors le principe de l'accessoriété de la peine doit être appliqué, puisqu'il s'agit d'éléments qui ne sont pas couverts par l'art. 26 ; tandis que, si l'on suit la seconde, c'est celui de l'indépendance qui doit être retenu, en application de l'art. 26. Les deux solutions pourraient avoir de puissants appuis.

Le TF semble opter en l'espèce pour la solution qui repose sur le caractère accessoire de la peine²¹, de sorte que les participants seraient influencés par le mobile-élément constitutif, même dans le

²⁰ L'ATF 87 IV 51 ss. E. 2 émet de façon hypothétique cette pensée. Telles sont les dispositions concernant : les circonstances aggravantes générales des art. 48 et 50 (avoir agi par cupidité), 67 (récidive), les circ. atténuantes générales de l'art. 64, l'état de responsabilité restreinte de l'art. 11, le repentir actif (art. 22 ch. 2), le jeune âge (art. 100, 100 bis, 100 ter), les causes excluant la culpabilité (art. 10, irresponsabilité), l'erreur de droit (art. 20, mais de façon facultative), etc. Il faut encore considérer comme des circonstances personnelles spéciales toutes celles que la loi prévoit comme des conditions pour la prise de mesures de sûreté, conditions telles que le penchant et l'habitude au délit (art. 42), la qualité de buveur ou de toxicomane par habitude (art. 44), etc.

²¹ V. ATF 87 IV 49, 92 IV 201, 95 IV 113.

cas où ce mobile n'existait pas chez eux ; et, vice-versa, ils ne seraient pas influencés par un mobile existant chez eux s'il n'existait pas chez l'auteur (principal).

Il nous semble que la solution contraire serait plus conforme au sentiment de la justice ainsi qu'à la tendance actuelle du droit pénal d'examiner la culpabilité et la dangerosité de chacun de la façon la plus individualisée possible. C'est pourquoi nous croyons qu'il est indiqué d'appliquer cette individualisation à chaque participant toutes les fois que la loi le permet ; nous sommes tenus en revanche de nous arrêter là où le texte de la loi suggère nettement une autre solution, même si celle-ci n'était pas de lege ferenda la plus juste. Or il nous semble que — contrairement à ce qui arrive dans les éléments personnels constitutifs — dans les délits qualifiés ou privilégiés, la loi nous laisse la possibilité d'individualiser de façon indépendante la peine des participants en vertu de l'art. 26, en qualifiant ces éléments subjectifs d'éléments qui, simplement, *diminuent, augmentent ou excluent* la peine et non pas d'éléments subjectifs qui *fondent* la peine (qualification qui d'ailleurs nous paraît plus correcte, indépendamment des conséquences qu'elle entraîne sur le plan de la participation).

Quant aux éléments subjectifs qui consistent plutôt en une façon d'agir du délinquant (« Gesinnungsmerkmale »), ceux-ci sont de nature plus objective que subjective. Dans le cas donc où ils servent de circonstance aggravante d'un délit, il y aurait pour eux une raison de plus que pour les autres éléments purement subjectifs d'appliquer le principe de l'accessorité de la peine, c'est-à-dire de les faire influencer sur la peine des complices qui savaient que l'auteur agissait d'une telle façon.

Sur ce sujet, dans la doctrine et la jurisprudence allemandes on établit une distinction, lors de l'interprétation du § 211 (Mord - assassinat) du C.P. All. : on applique le § 50 ch. 2, c'est-à-dire le principe d'indépendance de la peine, lorsqu'il s'agit d'un *des mobiles* mentionnés dans le § 211. Dans ce cas, on considère que ces éléments subjectifs aggravent la culpabilité. Mais, lorsqu'il s'agit de *qualifications objectives de la façon d'agir du délinquant*, de « Gesinnungsmerkmale » (même si elles sont *partiellement subjectives*, comme l'impliquent les termes « perfidement » ou « avec cruauté »), la disposition en question n'est plus appliquée, parce qu'on considère que c'est l'illicéité (objective) de l'acte qui est aggravée. Le participant sera donc toujours puni selon le § 211 s'il connaît la qualification de l'acte commis par l'auteur principal. Les deux exemples qui suivent illus-

trent la différence. A, poussé par la cupidité, a intentionnellement décidé B à tuer C, en l'irritant contre lui à propos d'antécédents entre eux (B et C). B commet un meurtre (Totschlag, § 212) tandis que A sera puni comme instigateur d'assassinat (Mord § 211) parce que la cupidité n'est imputée qu'à lui seul. C'est le contraire qui arrivera dans l'exemple suivant : X tue Y « avec cruauté ». Z, complice de X, sera, comme l'auteur, puni d'assassinat, s'il savait que X agissait avec cruauté, même si lui, Z, personnellement n'a pas agi avec cruauté ²².

Il est vrai que les dispositions du § 50 actuellement en vigueur, prévoient l'indépendance de la peine des participants, selon la culpabilité de chacun, de façon générale (ch. 1) et notamment lorsqu'il s'agit de circonstances *personnelles* qui *fondent* (begründen) la punissabilité (ch. 2) aussi bien que lorsqu'il s'agit de circonstances personnelles qui simplement *augmentent, diminuent ou excluent la peine* (ch. 3) ²³. Mais puisque dans les *délits qualifiés ou privilégiés* la question est laissée ouverte par le CPS, rien n'empêche d'admettre la solution susdite dans l'application du CPS également, par le mode que nous venons d'exposer un peu plus haut.

8. Etant donné que, ainsi qu'il résulte de l'examen que nous venons de faire, des doutes et des controverses subsistent quant à la détermination des types de délits qui, *implicitement*, contiennent un élément subjectif outre le dol ordinaire, il ne nous paraît pas inutile de mentionner un critère proposé par Mezger pour cette constatation, à savoir celle de l'existence d'un « moment final » (selon l'expression de cet auteur) dans la structure juridique du délit, outre le moment causal. En effet, Mezger pense que, lorsque le même acte est prévu ou pourrait être prévu comme un délit commis par négligence, alors il s'agit, en règle générale, d'un type de délit conçu de façon objective, causale. En revanche, lorsque l'exécution de cet acte par négligence

²² Sont de cet avis : WELZEL, *Das d. Strafr.*, pp. 100, 112, 285 (d'où sont tirés ces exemples) ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, § 211 Bem. 28 et 28a ; STRATEN-WERTH, *Zur Funktion...*, p. 178, ainsi que *Strafrecht*, p. 112 ; MAURACH, B.T., § 2 III C.

²³ Il faut noter que le § 50 C.P. All. réglait jusqu'en 1968 de façon différente les circonstances qui fondent la punissabilité, v., p. ex., SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, 11^e éd., Bem. 11 et 20 sur le § 50. Cf. une étude comparative du § 50 C.P. All. (ancien) et de l'art. 49 C.P. Gr. par A. BENAKIS, *Täterschaft und Teilnahme nach deutschem und griechischem Strafrecht*, 1961. Pour l'interprétation du nouveau § 50 v. JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 500 ss. ; PETERS-PREISENDANZ, *Stgb. Kommentar*, pp. 53 ss. ; WELZEL, *Das d. Strafr.*, pp. 112 ss. ; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, 16^e éd.

est *inimaginable* sans qu'un acte punissable tout à fait différent apparaisse, il s'agit toujours d'un type ayant, au moins partiellement, une structure subjective (subjektive Tatbestandsgestaltung)²⁴ ; c'est le cas des délits de vol, d'escroquerie, d'extorsion ou de chantage, de faux dans les certificats, d'injure²⁵, de violence contre les autorités, etc.

9. Enfin, la doctrine des éléments subjectifs de l'illicéité — indépendamment du côté dogmatique et des complications s'y rattachant — a contribué à l'approfondissement de plusieurs types de délits. Elle a éclairé la partie subjective de ceux-ci et en a fait, de structures de technique législative qu'ils étaient auparavant, de vrais actes humains, émanant d'êtres qui agissent avec des sentiments, des passions, des dispositions psychiques, et non pas avec une sèche volonté de produire un certain résultat extérieur. Nous estimons que c'est là la contribution la plus importante et la plus substantielle de cette théorie à l'interprétation et à l'application de nombreuses dispositions de la partie spéciale des divers codes pénaux.

C'est pour cela que l'étude plus approfondie des éléments subjectifs de plusieurs types de délits s'est énormément répandue et que la bibliographie relative à ce sujet est extrêmement vaste.

²⁴ V. MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, p. 2.

²⁵ Il s'agit du § 185 du C.P. All., mais, quant aux §§ 186 et 187, MEZGER exprime des doutes : à notre avis, c'est justement le délit du § 187 (calomnie) qui est inconcevable comme un acte commis par négligence.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

1. Il résulte de l'étude des mobiles que nous venons de terminer que la question des mobiles, en criminologie et en droit pénal, est d'une complexité peu commune, mais, également, d'une importance de tout premier ordre, notamment aux fins de la compréhension et du jugement global de la personnalité du délinquant.

La recherche des vrais mobiles du délit apparaît aujourd'hui comme beaucoup plus difficile qu'il y a quelques dizaines d'années, puisque la notion de mobile et, plus généralement, le processus de la motivation du criminel acquièrent une profondeur et une complexité toutes nouvelles. Depuis l'époque où Stooss introduisit les mobiles comme indices pour le jugement de la personnalité du délinquant, et même depuis les années trente, où plusieurs codes pénaux ont été publiés, jusqu'à nos jours, la psychologie criminelle put transfuser un sang nouveau aux dispositions existant déjà depuis longtemps. Il suffit de rappeler que Stooss lui-même (un des esprits les plus éclairés de son temps sur le sujet qui nous occupe) pensait que, dans le vol par exemple, le mobile est, en règle générale, toujours le même¹, et puis de confronter cette opinion à ce que nous venons d'écrire sur la variété des mobiles du vol², pour se rendre compte de la distance parcourue en fait d'opinions entre cette époque-là et la nôtre.

Dans la plupart des cas, sans même apporter de modifications à la lettre des vieilles dispositions, on peut y apporter des modifications substantielles et profondes rien qu'en *donnant aux termes contenus dans celles-ci, et notamment à celui de mobiles, une ampleur et une profondeur nouvelles*³. Cela est surtout valable lorsqu'il s'agit d'un code pénal qui, comme le CPS, en imposant l'examen de la personnalité (mobiles, situation personnelle, état dangereux,

¹ V. STOOSS, *Das Motiv im Entwurf...*, p. 171.

² V. *supra*, p. 143.

³ V., dans ce sens, PINATEL, *Les fondements anthropologiques et criminologiques du droit pénal*, in *Annales de la Fac. de Droit de Toulouse*, 1969, XVII, pp. 34-35. Cette remarque ne signifie évidemment pas qu'aucune modification du droit positif ne soit nécessaire.

etc.), a laissé ouverte la porte par laquelle les nouveaux acquis de la criminologie peuvent pénétrer dans le droit pénal.

Cette constatation a une importance particulière dans l'interprétation des dispositions concernant l'application des peines et mesures de sûreté ainsi que de leurs substituts, c'est-à-dire dans l'individualisation du traitement du délinquant, car c'est dans ce domaine — et dans ce domaine seulement — que les mobiles les plus profonds possibles doivent être pris en considération. En revanche, dans les causes de justification et d'excuse ainsi que dans les dispositions de la partie spéciale, il n'est pas question de scruter le psychisme profond de l'agent ; la recherche à faire consiste dans l'analyse du côté subjectif — tel qu'il est prescrit, explicitement ou implicitement, par la loi — d'un acte délictueux ou d'un acte apparaissant comme tel, bien qu'il ne le soit pas (en raison d'une cause de justification ou d'excuse).

La nouvelle notion de mobile a évolué de pair avec la notion d'individualisation. En effet, cette dernière a également changé de contenu ⁴. Tandis qu'autrefois elle n'était qu'une faculté concédée au juge de façon plus ou moins exceptionnelle et dans des limites légales strictes, faculté dont le magistrat usait de façon essentiellement empirique, de nos jours l'individualisation tend à devenir obligatoire et, en même temps, plus large ; elle tend à s'exercer selon des critères plus criminologiques que juridiques, à se réaliser par des procédés et des techniques scientifiques et à continuer jusqu'à la fin du traitement. En envisageant la question du point de vue purement juridique, une fois la différenciation de la personnalité de chaque criminel établie par la criminologie, c'est le principe de l'égalité même qui impose un traitement différent et approprié à chaque personnalité ⁵.

L'examen des mobiles profonds, réalisé conformément aux principes de la criminologie et avec des procédés scientifiques — principes et procédés que nous n'avons fait qu'effleurer dans la première partie de ce travail — doit être inséré dans le cadre de l'examen total de l'inculpé en vue de l'individualisation de son traitement.

⁴ V. ANCEL, *L'évolution de la notion d'individualisation*, in RPS, 1959 (Mélanges Germann), p. 195.

⁵ V. GERMANN, *Massnahmenrecht des schw. Stgb.*, in RPS, 1958, pp. 44 ss. Ce postulat était déjà conçu par ARISTOTE, *Politique*, C, e : « οἷον δοκεῖ ἴσον τὸ δίκαιον εἶναι καὶ ἔστιν, ἀλλ' οὐ πᾶσιν ἀλλὰ τοῖς ἴσοις. Καὶ τὸ ἄνισον δοκεῖ δίκαιον εἶναι καὶ γὰρ ἔστιν ἀλλ' οὐ πᾶσιν, ἀλλὰ τοῖς ἀνίστοις » (le juste paraît être légal et il l'est en fait, néanmoins il ne l'est pas s'il se réfère à tous, mais s'il se réfère à des égaux ; pareillement l'inégal paraît aussi juste, et il l'est en fait, néanmoins non pas envers tous, mais seulement envers des inégaux).

A notre avis, il serait moins important, mais tout de même utile, que l'interprétation acceptât l'opinion qui veut qu'un élément subjectif spécial — un mobile ou un but déterminé — existe, explicitement ou implicitement, dans toutes les causes de justification et d'excuse ainsi que dans bon nombre de délits. L'acceptation d'une telle opinion aiderait à faire du type juridique du délit un acte plus humain.

2. Si les dispositions du droit pénal de fond peuvent changer de contenu même sans modifications du texte, il n'en va pas de même des dispositions de caractère procédural. Nous devons envisager le problème d'intégrer l'examen de la personnalité du criminel dans le procès pénal et même de l'intégrer de la façon la plus juste. Ce sont précisément ces dispositions qui permettront d'injecter un sang nouveau dans les vieilles dispositions du droit pénal concernant le traitement des délinquants. Il va sans dire que l'organisation judiciaire elle-même devrait être réformée. En effet, la complexité des problèmes qui se posent aujourd'hui au juge pénal rend plus nécessaire que jamais cette spécialisation des magistrats pénaux, que la doctrine et les congrès internationaux recommandent depuis longtemps. Les juges pénaux doivent acquérir les connaissances qui leur permettront, sinon d'effectuer eux-mêmes une recherche très difficile, du moins de comprendre les résultats des recherches faites par des spécialistes. L'opinion selon laquelle le juge peut, en observant l'inculpé pendant le procès, pénétrer et évaluer sa personnalité, est de nos jours considérée indubitablement comme erronée ⁶.

On peut en dire autant de l'opinion selon laquelle le juge d'instruction peut suffire à cette tâche, même s'il est aidé d'informations sur le délinquant recueillies par une enquête sociale.

En Suisse, le code pénal prévoit les cas dans lesquels une expertise aura lieu. Les dispositions y relatives sont l'article 13 ainsi que les articles 42, 43, 44, 100 bis.

L'art. 13 (après sa modification de 1971) malgré son titre (« Doute sur l'état mental de l'inculpé ») prévoit que l'expertise sera ordonnée par l'autorité d'instruction ou de jugement s'il y a doute quant à la responsabilité de l'inculpé ou si une information sur son état physique ou mental est nécessaire pour décider une mesure de sûreté ; mais le chiffre 2 ajoute : « les experts se prononceront sur la responsa-

⁶ V. SCHELDON et Eleanor GLUECK, *Ventures in Criminology*, Londres, 1964, chap. XIV, note 20. Sur le besoin de spécialisation des magistrats et sur le besoin de couvrir « l'abîme qu'il y a entre la justice des codes modernes et celle de tous les jours », v. J. GRAVEN, *La criminologie et la fonction pénale*, in R. Int. Cr. P.T., 1950, p. 169.

bilité de l'inculpé » — ce qui résultait déjà du ch. 1 — « ainsi que sur *l'opportunité et les modalités* d'une mesure de sûreté selon les art. 42 à 44 » et 100 bis, faut-il ajouter⁷. Cet espèce d'examen dépasse donc de loin l'examen de l'état physique ou mental. C'est la personnalité entière qu'on devrait comprendre pour l'imposition d'une mesure et pour l'établissement de son opportunité et de ses modalités.

Il est vrai que, malheureusement, les dispositions des articles 42 à 100 bis n'imposent pas l'expertise préalablement à toute application ou, du moins, à toute première application de ces mesures ; et ce sont ces dispositions qui l'emportent sur l'art. 13. Il s'agit donc, quant aux mesures, non pas d'un examen obligatoire mais d'un examen simplement facultatif pour l'autorité judiciaire. Dès lors, c'est de la jurisprudence qu'il dépend de faire de cet examen un procédé usuel et substantiel ou bien un procédé rare ou inusité.

Comme le CPS ne précise pas la spécialisation des experts, ceux-ci pourraient être des spécialistes de plusieurs branches scientifiques, selon les suggestions de la criminologie actuelle.

Il est beaucoup plus probable que cet examen deviendra un procédé usuel et vraiment utile si l'on fonde un Centre d'Observation des détenus⁸. Le juge aurait ainsi la possibilité de recourir à une équipe d'experts déjà existante et organisée pour effectuer toute sorte d'expertise.

Mais ce centre devrait, de lege ferenda, examiner la personnalité des délinquants en dehors de tout ordre judiciaire d'expertise, sinon dans tous les délits d'une certaine importance — ce qui ne serait pas praticable, vu les ressources financières et humaines plus ou moins insuffisantes dont disposent la plupart des pays⁹ — au moins lorsqu'il s'agit de crimes, de délits graves ou de délits qui dénotent une personnalité anormale, ou bien lorsqu'il s'agit d'une activité délictueuse par habitude. C'est par ce centre d'observation que sera, au moins en grande partie, dressé « le dossier de personnalité » qui va

⁷ C'est par inadvertance du législateur que la mesure de l'art. 100 bis n'y figure pas (v. SCHULTZ, in ZStW. 1971, p. 1052 ; SCHULTZ, in RPS 1972, p. 41 ; KURT, IPS 1972, p. 41).

⁸ V. DI TULLIO, Rapport au X^e Congrès Intern. de Crim., in RIDP, 1970, p. 43. Les centres devraient être composés de psychologues-criminologues, médecins, spécialistes en science pénitentiaire, psychiatres et pédagogues, qui devraient collaborer avec des assistantes sociales.

⁹ V. Ph. GRAVEN, *La répression pénale...*, pp. 69 s. ; *Report of the departmental committee on the probation service*, 1966, p. 28 ; PINATEL, *Confrontation du dr. pén. et de la déf. sociale* — Le point de vue criminologique et pénologique, in RSC, 1964, p. 770 ; CORNIL, *La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine*, in RPS, 1955, p. 235.

éclairer le juge¹⁰. La nécessité d'un centre d'observation de l'inculpé (et du condamné ensuite) est aujourd'hui reconnue par tous les criminologistes.

3. C'est justement en vue de la nécessité de faire de cet examen de la personnalité par des experts une réalité, que l'on propose la césure du procès pénal en deux phases, plus ou moins à l'exemple du système anglo-saxon, qui distingue la phase de la « conviction » de la phase de la « sentence ».

Cette proposition est parmi celles qui ont été le plus discutées par les pénalistes et les criminologues dans les deux dernières décennies¹¹. Les criminologues et la majorité des pénalistes qui se sont spécialement occupés du sujet se sont prononcés pour l'établissement de cette césure¹², en dépit des difficultés et des inconvénients qu'elle présente, parmi lesquels le plus important est celui de la position de l'examen psychiatrique — qui est souvent une condition de l'existence de la culpabilité — dans la première ou dans la seconde phase du procès.

Si l'on introduit la césure, il y a possibilité alors de composer l'organe juridictionnel de la seconde phase d'une façon différente de l'organe de la première, c'est-à-dire d'y faire participer un ou deux experts (criminologues-psychologues), participation qui est, du moins pour le moment, rejetée par la majorité des pénalistes¹³, contre l'opinion de certains criminologues¹⁴.

¹⁰ Sur ce dossier v. DUSSAIX, BERNHEIM, VERSELE, J. GRAVEN, Exposés aux colloques de la Commission médico-psycho-juridique de Genève, in R. Int. Cr. P. T., 1963, pp. 262 ss.; CLERC, *L'examen médico-psychologique et social des délinquants*, in RPS 1952, pp. 40 ss.; ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, pp. 240 ss. et références. V. encore les résolutions des Congrès de Défense Sociale de San Remo (II, 5) publiées in RPS 1949, p. 125, et de Liège (1, ch. 3; 3 ch. 2 et 3) publiées in R. Int. Cr. P. T., 1949, p. 299.

¹¹ P. ex. par le Congrès Int. Pénit. de La Haye (1950); le cycle européen d'études de Bruxelles, 1950; le Cours Int. de crimin., 1951-1952; le III^e Congrès Int. de Déf. Sociale, Anvers 1954; le X^e Congrès Int. Dr. P., Rome 1969.

Dans la vaste bibliographie y relative, v. les rapports présentés sur ce sujet à ce dernier Congrès, in RIDP, 1969 et 1970, notamment ceux de DI TULLIO, 1970, pp. 41 ss. (pour la césure) et de CORNIL (contre la césure, mais auparavant il était pour la césure, v. n. préc.); ANCEL, *Problèmes contemporains de procéd. pén.*, in Mélanges Huguency, 1964, pp. 205 ss.; J. GRAVEN, *Dr. pénal et défense sociale*, in RPS 1955, p. 31; GRAMATICA, *Nuove visioni del processo penale*, in Studi in onore di B. Petrocelli, pp. 869 ss.

¹² V. *Conclusions du X^e Congrès, Int. Dr. P.*, in RIDP, 1970, fasc. 1-2, p. 10. Résolution, 1; mais cf. la rés. 4, comme elle est conçue par la majorité des pénalistes.

¹³ V. *Conclusions du Congrès susmentionné, loc. cit.*, p. 11, n^o 4.

¹⁴ V., p. ex. DI TULLIO, *loc. cit.*, p. 43, in fine.

Dans le cas où le système de la césure du procès pénal en deux phases était introduit — celle de la constatation du fait que l'inculpé est ou n'est pas coupable d'un délit déterminé et celle de l'application au coupable du traitement approprié — l'examen des mobiles devrait être réparti de la façon suivante.

a) Les mobiles (ainsi que les buts) qui sont des éléments constitutifs de certains délits devraient être examinés dans la première phase, sinon l'on ne pourrait pas constater l'existence (ou non) du délit déterminé, pour la structure duquel la loi exige, chez l'agent, un certain mobile.

b) La question n'est pas aussi facile à résoudre lorsqu'il s'agit de mobiles-circonstances atténuantes ou aggravantes *spéciales*. Si ces circonstances sont considérées comme des éléments constitutifs d'un type de délit qualifié ou privilégié, et que la décision de la première phase doive citer de façon absolument précise la disposition pénale dont l'acte concret constitue une transgression (article et chiffre), les mobiles doivent être également examinés dans la première phase. Par contre, si ces mobiles-circonstances sont considérés comme des circonstances aggravant ou atténuant la peine, et que la décision de la première phase ne doive pas préciser de façon absolue la disposition dont l'acte jugé constitue une transgression (par exemple dans le cas de vol, si elle ne doit pas préciser le chiffre de l'article 137), alors ces mobiles pourront être examinés pendant la seconde phase.

c) Lorsqu'il s'agit de l'application des articles 63 et 64, à savoir la fixation de la peine en général ou l'accord d'une circonstance atténuante *générale*, les mobiles — les plus profonds — seront examinés dans la seconde phase, après l'examen approfondi de la personnalité.

d) C'est lors de la seconde phase aussi que doivent être examinés les mobiles s'il s'agit de diagnostiquer l'état dangereux du criminel, pour l'application d'une mesure de sûreté, par exemple celle de l'art. 42, ou d'un substitut de la peine ou de la mesure, par exemple le sursis.

e) Lorsqu'il s'agit de la constatation de la santé mentale et, partant, du degré de responsabilité, la question n'est pas facile à résoudre¹⁵. Pour la décision de la culpabilité, l'examen devrait avoir lieu à la première phase, car on ne pourrait pas déclarer coupable d'un délit déterminé un irresponsable. Néanmoins, cette solution

¹⁵ V. VOUIN, *Exposé* aux XII^e Journées de Déf. Sociale, in RSC 1964, p. 825.

coupe en deux l'examen de la personnalité, ce qui comporte un assez grand nombre d'inconvénients. Malgré cela, c'est cette dernière solution qui a été votée par le X^e Congrès international de droit pénal¹⁶. En tout cas la mesure applicable après la constatation de l'état mental devrait être choisie lors de la seconde phase.

4. L'arrangement exposé plus haut présente l'inconvénient général de rompre l'unité de l'examen du psychisme de l'agent et de son attitude psychique par rapport à son acte. Mais même les circonstances objectives de l'acte examinées dans la première phase ne peuvent qu'influer sur le diagnostic global concernant l'auteur. On devrait donc reconsidérer, selon l'optique de la compréhension du psychisme de l'agent, toutes les circonstances du délit (subjectives et objectives) lors de l'examen total de la personnalité, après la première phase.

Des complications particulières pourraient encore apparaître. Pendant la seconde phase et après l'examen approfondi de la personnalité, il se pourrait qu'on s'aperçoive que les vrais mobiles-éléments constitutifs du délit ne sont pas ceux qui furent considérés comme tels par la décision de la première phase ; ou bien, après l'examen approfondi de la personnalité, on pourrait s'apercevoir, durant la seconde phase, qu'on a affaire à un inculpé qui n'a pas une responsabilité restreinte, mais une responsabilité complète ou une irresponsabilité complète ; ou encore à un inculpé qui n'a pas une responsabilité complète mais une responsabilité restreinte.

Il en faudrait conclure que l'examen entier de la personnalité globale de l'inculpé — examen de tous les côtés subjectifs en corrélation avec les côtés objectifs — devrait avoir lieu de façon unitaire et cela avant le début du procès pénal, lequel ne saurait également être qu'entier (non divisé). Cet examen global et profond présente une moindre possibilité d'erreurs ; notamment, il élimine plus ou moins les deux complications susmentionnées. D'ailleurs le laps de temps qui s'écoule entre le début de l'instruction et le procès devrait être plus long que celui qui séparerait la première de la seconde phase du procès.

La seule objection à cet avis qui nous paraît digne d'une attention toute particulière est celle qui concerne la crainte de porter atteinte, par cet examen fait durant l'instruction ou sous le prétexte de

¹⁶ V. Conclusions, *loc. cit.*, p. 10, Résolutions, 1, second alinéa. Il est vrai que le texte dit : « pour certains cas (quand, p. ex., une maladie mentale influe gravement sur la culpabilité...) » ; mais est-ce qu'on peut vraiment constater si cette maladie existe et encore si elle influe gravement sur la culpabilité, sans faire toujours au préalable l'examen nécessaire à cette constatation ?

cet examen, aux droits fondamentaux de l'inculpé et plus particulièrement à son droit au silence ; ou, tout au moins, la crainte de dévoiler des circonstances personnelles ou familiales de l'inculpé qui ne devraient pas être révélées lors de la première phase, surtout publiquement¹⁷ et, vice-versa, la crainte d'échouer dans cet examen en raison de la méfiance que l'inculpé éprouve à l'égard de ses examinateurs durant l'instruction et qui fait qu'il adopte l'attitude la moins révélatrice possible.

Si donc, pour la raison susdite, on arrive à admettre la césure du procès pénal, il nous paraît nécessaire d'admettre encore le principe qui veut que la Cour ait pendant la seconde phase le droit de modifier n'importe quel point de la décision de la première phase concernant la personnalité de l'agent et son attitude psychique à l'égard de son acte¹⁸. Ce qui signifie que la décision de la seconde phase pourrait même — pourvu qu'elle se fonde sur des faits bien précisés concernant la personnalité — déclarer l'inculpé non coupable d'un acte punissable, nonobstant l'arrêt contraire de la première phase (par exemple pour la raison qu'il n'est pas responsable, ou parce qu'il n'a pas agi avec le mobile exigé par la loi pour un délit déterminé).

Mais on ne saurait appliquer le contraire, à savoir déclarer coupable et punir par un arrêt de la seconde phase un inculpé qui fut déclaré innocent ou non punissable, pour n'importe quelle raison, par l'arrêt de la première. Car, dans ce cas, il n'y aura pas de seconde phase et, partant, il ne s'ensuivra pas non plus un examen de la personnalité.

Cette possibilité de réviser, lors de la seconde phase, le jugement de la première dans tous les points concernant la personnalité du criminel et le côté subjectif du délit est conforme, d'ailleurs, à l'idée selon laquelle l'examen du délinquant est un travail continu, qui ne finit qu'avec la fin de la sanction qui lui a été infligée. Cette idée, soutenue par des criminologistes éminents, repose sur la complexité de

¹⁷ La résolution n° 3 du X^e Congrès Dr. P. (*loc. cit.*, p. 11) dit que, « dans la mesure du possible » les informations ne devraient pas être révélées, même pas au juge, avant la première vérification du délit ; « les résultats de l'enquête sur la personnalité de l'accusé devraient être classés dans un dossier secret qui pourrait du reste être consulté par les défenseurs et par l'accusateur public ». Cette résolution risque, à notre avis, de rester lettre morte, au moins dans la plupart des pays où le secret, de la part du ministère public notamment, reste très douteux.

¹⁸ Cette proposition est plus large que la résolution n° 5 du X^e Congrès Int. Dr. Pén., *loc. cit.*, p. 11. Cette résolution dit : « Si une nouvelle preuve, survenue pendant la seconde phase, soulève des doutes sur la culpabilité du prévenu, le jugement de condamnation sera reconsidéré à la lumière de cette preuve. »

la personnalité humaine et les difficultés que présente la pénétration et la compréhension de celle-ci ¹⁹.

5. La grande complexité d'un examen profond de la personnalité ainsi que la nécessité de celui-ci, — examen dont nous n'avons approché qu'un seul côté, celui des mobiles — met en évidence la nécessité d'une part, de la collaboration entre pénalistes et criminologistes, d'autre part, de l'étude de la science criminologique par les juristes. Ce sont là des conditions indispensables à la réalisation d'une justice pénale plus humaine et plus efficace.

Nous sommes consciente du fait que des efforts ardu sont nécessaires afin de faire reconnaître par un spécialiste que le terrain qu'il considérerait comme sien depuis longtemps ne lui appartient que partiellement et qu'il y a d'autres spécialistes qui ont aussi le droit d'y pénétrer, au moins autant que lui. C'est ce qui arrive avec les juristes en ce qui concerne les criminologistes, qui, à leur tour, se doivent de se référer à tous ceux qui cultivent la science de l'homme ²⁰.

Mais c'est le juriste-pénaliste lui-même qui se doit aussi de faire siennes, dans la mesure du possible, les données de la criminologie, ²¹ car il est —et il faut qu'il continue à être — le personnage principal dans la rédaction des lois pénales ainsi que dans leur application, en sa qualité de législateur, de juge ou d'avocat. C'est lui qui suggérera et rédigera les amendements des lois, nécessaires pour l'introduction des nouveaux acquis de la criminologie. C'est le juriste encore qui dira, en sa qualité de juge, le dernier mot sur le choix et la fixation du traitement, soit en tenant compte de l'examen des

¹⁹ V. dans ce sens, H. GÖRANSSON, *The medico-psychological and social examination of delinquents*, Cycle Europ., 1951, Cah. 11, p. 6 ; ANCEL, *Le procès pénal et l'examen scientifique des délinquants*, 1952, pp. 26-27 ; DE GREFF, *L'examen du détenu doit-il se faire avant ou après le procès ?*, loc. cit. Cf. *supra*, pp. 141 s.

²⁰ DI TULLIO (Rapport, loc. cit., p. 49) parle de la nécessité d'accompagner la justice pénale d'une justice criminologique.

²¹ WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation...*, 1^{re} partie, n° 3, *in fine*, souligne le besoin que les juristes allemands — ce qui pourrait être plus ou moins valable pour les juristes d'autres pays — abandonnent l'orgueil du juriste qui méprise le concret, modifient profondément leurs conceptions pénalistes et, enfin, donnent une autre ampleur à leur formation spirituelle au-delà du cercle restreint de la dogmatique pénale. V. également PINATEL, *Les fondements anthropologiques...*, loc. cit., p. 34, qui considère que le plus grand obstacle à l'harmonisation des concepts techniques du droit pénal avec les données de la criminologie et les sciences de l'homme « réside dans les processus mentaux de certains pénalistes. C'est qu'en effet, le bouleversement de leur système de pensée est beaucoup plus considérable que les changements qui devront réellement intervenir en droit pénal sous l'influence de la criminologie et des sciences de l'homme. »

experts, soit seulement de sa propre initiative (dans les cas où cet examen n'aura pas lieu). C'est le juriste encore qui, comme avocat défenseur ou comme ministère public, aidera experts et juges à une meilleure compréhension de l'inculpé. Enfin, c'est le juriste qui, en sa qualité de juge d'exécution de la peine, doit la suivre jusqu'à la fin en en déterminant ou en en modifiant les modalités sur l'avis des experts ²².

Il ne faut pas cependant sous-estimer l'importance du rôle du personnel pénitentiaire dans l'effort fait pour obtenir la resocialisation du détenu. La formation spéciale et surtout le don naturel de la compréhension — don accompagné toujours, comme il a déjà été dit en place due ²³, d'une attitude de sympathie — devraient être les qualités essentielles de ce personnel. Lorsque ces qualités font défaut, c'est en vain que le législateur prescrit que « la réclusion et l'emprisonnement seront exécutés de manière à exercer sur le détenu une action éducative et à préparer son retour à la vie libre » (art. 37 CPS). En revanche, leur présence donnera chair et os à cet ordre du législateur ²⁴.

Ce qui résulte encore de l'exposé de la première partie, c'est le rôle primordial du psychologue dans l'examen de la personnalité, et notamment dans la recherche des mobiles profonds. C'est le psychologue-criminologiste qui doit faire la synthèse des résultats de l'exa-

²² Ce sujet très important fut discuté à fond pendant le X^e Congrès Int. Dr. Pén. ; v. RIDP 1970, fasc. 1-2, pp. 51-153 et fasc. 3-4, tout particulièrement le rapport général de SOLNAR. V. encore sur ce sujet : Premières Journées franco-belgo-luxembourgeoises de science pénale (nov. 1951), *Le rôle du magistrat dans l'exécution des peines*, pp. 81 ss. ; Résolutions du III^e Congrès Int. de Déf. Sociale de 1955, in Actes du Congrès, Anvers, 1955, p. 312 ; Travaux des X^e Journées françaises de Déf. Sociale, in RSC 1962, pp. 574 ss. ; STÉFANI, LÉVASSEUR, JAMBU-MERLIN, *Criminologie*, pp. 316 ss. ; Journées d'études des juges de l'application des peines, 19-21 janvier 1966, Vaucresson-Melun 1967. Cf. encore le numéro spécial de la Revue pénitentiaire et de droit pénal, janvier-mars 1967 (études de P. CANNAT, M. HENNION, etc.) ; J. DELOBEAU, *Le juge de l'application des peines et son équipe*, in Informations psychiatriques, nov. 1966, pp. 861 ss. ; J. MALHERBE, *Le juge de l'application des peines*, in RSC 1959, pp. 635 ss. Sheldon et Eleanor GLUECK, *After-conduct of Discharged Offenders*, 1949, chap. VIII. Pour la Suisse cf. DUBS, *Richter und Vollzug*, in RPS, 1959 (Mélanges Germann), pp. 317 ss. ; GILLIERON, *Le rôle du juge dans l'exécution des peines*, in RPS 1955, pp. 267 ss.

²³ V. *supra*, p. 139.

²⁴ D'ailleurs, c'est ce que l'expérience nous enseigne. Il suffit de se rappeler la personnalité de KELLERHALS et son œuvre admirable à Witzwil. J. GRAVEN (*Le système pénitentiaire de la Suisse*, in Les grands systèmes pénitentiaires, I, p. 387) écrit, à juste titre, que « l'esprit qui dirige et anime le système pénitentiaire est tout » ; nous ajoutons : pourvu qu'il soit partagé par ceux qui l'appliquent. PINATEL (*La société criminogène*, p. 206) considère la relation sympathique comme une condition indispensable à la réussite du traitement ; la rencontre d'un éducateur est le point essentiel du traitement (p. 207).

men effectué par le groupe d'examineurs (à savoir par les autres spécialistes ainsi que par lui-même) ; ou plutôt c'est le psychologue-criminologiste qui, prenant en considération les facteurs constatés par les autres spécialistes et par lui-même, doit en déceler la synthèse déjà réalisée dans le psychisme du délinquant et, partant, comprendre le comportement délictueux de celui-ci. Pour cette raison-là, nous pensons que le groupe d'examineurs devrait être présidé par un psychologue spécialiste en criminologie, qui devrait aussi diriger le centre d'observation des détenus.

Il est vrai que le psychiatre joue un rôle primordial dans la recherche de l'existence d'une maladie mentale. Mais même alors le rôle du psychologue-criminologiste est très important. En effet, la collaboration de ces deux spécialistes est très utile, surtout dans un grand nombre de cas douteux, pour la constatation de deux faits très complexes et très délicats, à savoir si l'examiné a réellement dépassé la ligne de démarcation — tellement floue d'ailleurs — séparant un homme mentalement normal d'un homme mentalement malade ou d'un caractériel ; ensuite, s'il existe, chez cet examiné, une responsabilité pleine ou restreinte, ou bien si toute responsabilité fait défaut.

Il faut noter que tout spécialiste a une tendance à faire entrer dans le champ de sa compétence le problème (subjectif ou objectif) qu'il examine, puisqu'il ne peut que voir les choses selon l'optique de sa formation spéciale. Ainsi, il est naturel que les psychiatres voient plus souvent que les psychologues-criminologues dans la personne du criminel examiné un anormal ou encore un malade mental²⁵, ce qui ne correspondrait pas à la tendance actuelle qui ne veut plus voir ordinairement les criminels comme des êtres anormaux situés à part (tendance dont nous avons fait mention dans la première partie du présent travail).

Par conséquent, la consécration de la préséance du psychologue-criminologiste (au lieu du psychiatre) dans l'équipe des examinateurs et dans les centres d'observation aiderait à la réalisation de cette tendance de la criminologie contemporaine.

²⁵ V. dans ce sens STÉFANI, LÉVASSEUR, JAMBU-MERLIN, *op. cit.*, p. 163, qui proposent « que la personnalité la plus dynamique, quelle que soit sa fonction première, prenne la tête de l'équipe ». Mais est-ce que le danger en question ne serait accru, précisément dans le cas où le psychiatre serait la personnalité la plus dynamique ?

BIBLIOGRAPHIE

(Comprenant les ouvrages cités dans le présent travail)

- ABRAHAMSEN, D. : *Crime and the Mind*, 1945.
— *The Psychology of Crime*, 1960.
- ABT, L.E. et BELLAC, L. : *Projective Psychology*, 1950.
- ADLER, A. : *Menschenkenntnis*, 6^e éd., 1947.
- AICHHORN, A. : *Verwahrloste Jugend*, 4^e éd., 1947.
- ALEXANDER et STAUB : *Der Verbrecher und seine Richter*, 1929.
- ALIMENA : *Dir. Penale*, I 1910, II 1912.
- ALTAVILLA : *Delitti contro la persona*, 1934.
— *L'elemento psicologico del reato*, 1933.
— *Teoria soggettiva del reato*, 1933.
— *L'appartenenza del reato alla personalità psicoetica dell'autore*, in *Scuola Positiva*, 1933, pp. 193 ss.
- AMBROSIUS : *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, 1966.
- ANCEL, M. : *L'évolution de la notion d'individualisation*, in *RPS*, 75, 1959 (Mélanges Germann), pp. 195 ss.
— *Le crime politique et le droit pénal au XX^e siècle*, in *Rev. d'histoire politique et constitutionnelle*, 1938.
— *Problèmes contemporains de procédure pénale*, in *Mélanges Hugueney*, 1964, pp. 205 ss.
— *La défense sociale nouvelle*, 1966.
- ANDERSON, H. et G. : *An introduction to projective techniques*, 1951.
- ANDROULAKIS : *Zurechnung, Schuldbemessung und personale Identität*, in *ZStW.*, Auslandsteil, 1970, 82, pp. 492 ss.
- ANTOLISEI : *Manuale di diritto penale*, P.G., t. I, 6^e éd. 1969.
— *Problemi penali odierni*, 1940.
- ANZIEU, D. : *Les méthodes projectives*, P.U.F., 1970 (coll. SUP).
— *Responsabilité pénale et psychologie*, in *Travaux du colloque de philosophie pénale à Strasbourg*, 1961, pp. 196 ss.
- ARISTOTE : *Ethique à Nicomaque*.
— *Politique*.
- AUSSEL : *Le concept de responsabilité pénale*, in *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVII, 1969, fasc. I, pp. 99 ss.
- AUSTIN : *Lectures on jurisprudence*, 4^e éd., 1879.

- BAAN, P. : *Le problème de responsabilité*, in Autour de l'œuvre de De Greeff, I, 1956 (Pompe, Kempe, Baan, *La responsabilité pénale*, pp. 73 ss.).
- BAKATSOULAS, M. : *La periculosité dans le nouveau C.P. Gr.* (en grec), in Ann. Pén., 1951, pp. 119 ss.
- BARNES, H. et TEETERS, N. : *New horizons in Criminology*, 3^e éd., NJ, 1959.
- BATTAGLINI : *Appunti sull'elemento psicologico della diffamazione*, in Giustizia Penale, 1952.
- *Sulla legittima difesa*, in Rivista ital. di Dir. Penale, 1933.
- BAUMANN : *Strafrecht*, Lehrbuch, A.T., 1968 (5^e éd.).
- *Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform*, 1965.
- *Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?* in NJW 58, pp. 2092 ss.
- *Rechtsmissbrauch bei Notwehr*, in Monatschr. f. deutsches Recht, 1962, pp. 349 ss.
- *Untersuchungen zur Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1969.
- BECK, S. : *Le test de Rorschach*, volumes I et II, P.U.F. 1967-68.
- BELEZA DOS SANTOS : *Récidivistes et délinquants d'habitude*, in RSC 1954, pp. 686 ss.
- *Rapport général au XII^e Congrès Pénal et Pénitentiaire*, in Actes, t. IV, pp. 169 ss.
- BELING : *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930.
- BELLAVISTA : *Il potere discrezionale del giudice*, 1939.
- BENAKIS-PSAROUDAS, A. : *Täterschaft und Teilnahme nach deutschem und griechischem Strafrecht*, thèse, 1961.
- BENTHAM, J. : *Principes du code pénal*, in Œuvres, Bruxelles, 1829, t. I (chap. VIII, pp. 133 ss., *De l'influence des motifs sur la grandeur de l'alarme*).
- BERGIER : *L'osservazione e la diagnosi del minorenne*, 1950.
- BERNER : *Lehrbuch des Strafrechts*, 18^e édition, 1898.
- BERTSCHI-RIEMER : *Die Anstiftung gemäss Art. 24 StrafGb.*, 1961.
- BETTIOL : *Azione e colpevolezza nella teoria dei tipi di autore*, Scritti Giuridici, II, 1966, pp. 535 ss.
- *Colpa morale e personalità*, Scritti giuridici, t. II, 1966, pp. 864 ss.
- *Diritto Penale*, 6^e édition, 1966.
- *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, 1934.
- BINDER : *Der juristische und psychiatrische Massstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte*, in RPS, 1952, pp. 307 ss.
- BLANKE, E.A. : *Die Subjektive Rechtfertigungselemente*, thèse, 1960.
- BOCKELMANN : *Strafrecht des Arztes*, 1968.
- *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957.
- *Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht*, in NJW 1961, pp. 945 ss.
- *Studien zum Täterstrafrecht*, Teil I, 1939, Teil II, 1940.
- *Niederschriften über die Sitzungen der grossen Strafrechtskommission*, 1956-1960, vol. 7.
- *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit*, in ZStW., 1963, pp. 372 ss.
- *Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht*, in English - Festschrift, 1969, pp. 456 ss.

- *Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten*, in JZ, 1962, pp. 525 ss.
- *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, in Honig - Festschrift, 1970, pp. 19 ss.
- BONNET, L. : *Le but, élément constitutif du délit, spécialement dans les lois nouvelles*, thèse, 1934.
- DE BOOR, W. : *Ueber motivisch unklare Delikte*, 1959.
- BOUZAT : *La lutte contre le récidivisme en France*, in RSC, 1966, pp. 864 ss.
- BOUZAT-PINATEL : *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. I, II : Droit pénal et procédure pénale (Bouzat), t. III : Criminologie (Pinatel), 2^e éd., 1970.
- BOUROPOULOS, A. : *Interprétation du C.P. Gr. (C.P. Gr. commenté, en grec)*, 1951-1952.
- BOWLBY, John : *Forty four thieves, their characters and home life*, 1946.
- BRÄGGER, E. : *Der Notstand im schw. Strafrecht*, thèse, 1937.
- BRAUNECK, A.E. : *Unrecht als die Betätigung antisozialer Gesinnung*, in H. Mayer - Festschrift, 1966, pp. 235 ss.
- BRÉNTANO, Fr. : *Psychologie vom empirischen Standpunkt*, t. I-II, 1924.
- BRUNS : *Strafzumessungsrecht*, A.T., 1967.
 - *Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers*, in JZ, 1957, pp. 410 ss.
 - *Die « Generalprävention » als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe ?* — Eine analyse der Rechtsprechung, in v. Weber - Festschrift, 1963, pp. 75 ss.
- BÜRGER-PRINZ : *Motiv und Motivation*, 1950.
- BURLINGHAM, Dorothy et FREUD, Anna : *Infants without families*, 1943.
- BUSCH, R. : *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, 1949.
- CALKER, Fritz van : *Die Bestimmung der Strafart nach der Gesinnung aus welcher die Handlung entsprungen ist*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, t. III, pp. 173 ss.
 - *Strafrecht und Ethik*, 1897.
- CARACCIOLI : *I problemi generali delle misure di sicurezza*, 1970.
- CARMIGNANI : *Elementa juris criminalis*, 1840 ; trad. ital. 1847.
- CARNELUTTI : *Teoria generale del reato*, 1933.
- CARRARA : *Programma del Corso di Diritto Criminale*, t. I-IX, 5^e et 4^e éd., 1877-1883.
- CARROLL, D. : *General report on psychiatry, psychology and psychoanalysis*, in *Actes du II^e Congrès International de Criminologie*, t. III, pp. 226 ss.
- CATALANO, NOBILI et CERQUETELLI : *Rapport au Congrès Europ. de Criminologie* (convegno di Criminologia, Rome 1952), in Sc. Pos. 1952, pp. 203 ss.
- CATHREIN : *Filosofia morale*, 2^e éd., 1928.
- CAVIEZEL, F. : *Die besonderen Absichten bei den Urkundendelikten des 11. Titels des schweizerischen Stgb.*, thèse, 1956.
- CHAZAL : *Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal*, 1929.

- CHORAFAS : *La légitime défense en droit pénal*, fascic. A' 1931, fascic. B' 1935 (en grec).
- *Principes de droit pénal* (en grec), 1966.
 - *L'application judiciaire de la peine*, in Archives des Sciences Pénales (en grec), 1939, pp. 253 ss. et 317 ss.
- CLERC, Fr. : *Les mesures de sûreté en droit pénal suisse*, in RSC, 1965, pp. 87 ss.
- *Les avatars de la deuxième révision du CPS*, in RPS, 1966, pp. 129 ss.
 - *A propos de la cupidité*, in JdT, 1962, IV, pp. 98 ss.
 - *Chronique de procédure pénale*, in RPS, 1952, pp. 40 ss.
 - *L'examen médico-psychologique et social des délinquants*, in RPS, 1952, pp. 40 ss.
- CLERC-STECK : *Grundzüge des schw. Strafrechts*, A.T., 1943.
- Colloque de Philosophie pénale de Strasbourg : « La responsabilité pénale », 1959, Travaux, Dalloz, 1961.
- Colloque de Toulouse : *La confrontation de la théorie de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie*, in Annales de la Fac. de Droit de Toulouse, 1969, fasc. 1.
- Colloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform, Freiburg in Br., 1958.
- COMTESSE, F.H. : *Das schweiz. Militärgesetz* (Commentaire), 1946.
- CONTI, Ugo : *Sempre dei moventi a delinquere*, in Rivista Penale, 1900, pp. 249 ss.
- CONTIERI, E. : *Lo stato di necessità*, 1939.
- *Sullo scopo dell'autore del reato*, Casa editrice meridionale, Biblioteca giuridica Tesauro (sans date d'édition).
- COOK : *Act, intention, and motive in the criminal law*, Yale LJ, 1917.
- CORNAZ, O. : *Intention, dessein, mobile*, in JdT 106, 1958, IV, pp. 66 ss.
- *Vorsätzliche Tötung, Mord, Totschlag*, FJS 1221.
- CORNIL, P. : *La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine*, in RPS, 1955, pp. 225 ss.
- *L'impasse de la responsabilité pénale*, in R. Dr. P. Cr., 1961-2, pp. 637 ss.
 - *Rapport au X^e Congrès Int. de Dr. P. (sur la césure du procès pénal)*, in R. Intern. Dr. P., 1969, pp. 461 ss.
- COSTIS, N. et BOUROPOULOS, A. : *Interprétation de la loi pénale* (en grec), t. I-II, 4^e édition, 1928.
- CRAFT, M. : *Psychopathic disorders and their assessment*, 1966.
- DAHM : *Tätertyp im Strafrecht*, 1940.
- DANNER : *Gibt es einen freien Willen ?*, 1967.
- DASKALOPOULOS, J. : *Précis élémentaire de Criminologie* (en grec), t. I, fasc. I (La nature du délit), 1972.
- DEBUYST, C. : *Criminels et valeurs vécues*. Louvain, 1960.
- DECOCQ, A. : *Droit pénal général*, 1971.
- DÉDÈS, Ch. : *La doctrine sur les éléments subjectifs de l'illicéité* (en grec), in Ann. Pén., 1957, pp. 353 ss. et 425 ss.

- *L'illicéité et les évolutions scientifiques modernes* (en grec), in Ann. Pén., 1956, pp. 358 ss.
- DEIANA : *I motivi nel diritto privato*, 1939.
- DELITALA, G. : *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930.
- DERENDINGER, H. : *Die Straflosigkeit von Vor- und Nachtat im schweizerischen Strafrecht*, thèse, 1946.
- DOHNA, Graf zu : *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 3^e éd. 1947.
- *Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen*, in ZStW. 27, pp. 329 ss.
- *Ein neues Grundriss des Strafrechts (Literaturbericht)*, in ZStW. 60, p. 292.
- DOLLARD, MILLER, DOOB, MOWRER et SEARS : *Frustration and aggression*, 1939¹.
- DREHER : *Strafgesetzbuch, Kurz — Kommentar*, 1970 (31^e édition).
- DUBS : *Richter und Vollzug*, in RPS 1959, Mélanges Germann, pp. 317 ss.
- DUMAS, G. : *La vie affective*, 1948.
- DUSSAIX, BERNHEIM, VERSELE, GRAVEN, J. : Exposés sur « le dossier de personnalité » aux colloques de 1962 et 1963 de la Commission médico-psychologique de Genève, in R. Int. Cr. P. T., 1963, pp. 262 ss.
- EBNER, E. : *Die Notwehr im schweiz. Strafrecht*, thèse, 1937.
- ENGISH, K. : *Aerztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung*, in ZStW., 58, pp. 1ss.
- *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Schriftenreihe der jur. Studiengesellschaft, 1961.
- *Der finale Handlungsbegriff*, in Kohlrausch Festschrift, 1944, pp. 141 ss.
- *Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation*, in STICH-BAUER : Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 2^e éd., 1958.
- *Bemerkungen zu Th. Rittlers Kritik der Lehre von den subj. Unrechtselementen*, in Festschrift für Rittler, 1957, pp. 165 ss.
- *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930.
- ERBA-TISSOT, H. : *Motiv und Gesinnung im Strafrecht*, in RPS, 1949, pp. 257 ss.
- ERIKSON, E. : *Childhood and Society*, 1963.
- *Identity*, 1968.
- EXNER : *Die Kriminalpolitik des schweiz. Strafgesetzbuches*, in RPS, 1917, p. 189.
- *Kriminologie*, 3^e éd., 1949.
- EXNER, KALMAR, FISCHER : *Criminologia*, 1953.
- EYSENCK, H.J. : *Crime and Personality*, 1964.
- *Wege und Abwege der Psychologie*, 1965.
- FAVEZ-BOUTONNIER : *L'influence de la psychologie sur la criminologie*, in Tra-vaux de la semaine intern. de Strasbourg, Paris (Daloz), 1955, pp. 26 ss.
- FERRACUTI, F. : *Lo studio dei motivi nell'esame della personalità dell'imputato* (Rapport présenté à la Société Romaine de Médecine Légale), in Zacchia 1963, pp. 251 ss.

¹ V. le même travail en allemand, sous le titre *Die Frustrations — Aggressions — Hypothese*, in Die Motivation menschl. Handelns, publié par THOMAE, 1965, pp. 205 ss.

- FERRI, E. : *Teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, 1878.
 — *Progetto di un codice Penale* (Vallardi), 1921.
 — *Principi di diritto criminale*, 1928.
 — *Sociologia criminale*, t. I-II, 5^e éd., 1930.
- FINGER : *Das Züchtigungsrecht und dessen Missbrauch*, Jur. Blatt, 1888, pp. 61 ss.
- FIGORETTI : *I motivi coscienti dell'azione come criterio assoluto della imputabilità*, in Archivio di psicologia e antropologia criminale, 1886, pp. 234 ss.
- FISCHER, H. : *Die Rechtswidrigkeit*, 1911.
- FITZGERALD, P.F. : *Criminal law and punishment*, 1962.
- FLORIAN, E. : *La teoria psicologica della diffamazione*, 2^e éd. 1927.
 — *I motivi determinanti e la legittima difesa*, in Sc. Pos., IV, 1894, pp. 150 ss.
 — *La funzione dei motivi propri dell'esecutore nella responsabilità dell'istigatore*, in Sc. Pos., V, p. 54.
 — *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, 1936.
 — *Delitti contro la sicurezza dello stato*, 1902.
 — *Une étude comparative de la notion de mobile dans la législation pénale de plusieurs pays*, in Archivio giuridico, 1896, t. LVI.
 — *Delitti contro la libertà*, 1902.
 — *La statistica dei motivi determinanti al reato*, in Sc. Pos., V, pp. 107 ss.
 — *Trattato di Diritto Penale*, P.G., 4^e éd., 1934.
- FLORIAN, ALTAVILLA, etc. : *Trattato di diritto penale*, t. I, P.G., 3^e édit., 1926.
- FRANK, R. : *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1931.
- FRANK, L.K. : *Projective methods*, 1948.
- FREUD, S. : *New introductory lectures on psychoanalysis*, 1933.
 — *Einige Charaktertypen aus der psychoanalytischen Arbeit*, 1915.
 — *Die Verbrecher aus Schuldbewusstsein, Imago*, 1915-1916, publié de nouveau in Gesammelte Werke (vol. I-XVII), 1952-1955, t. X.
 — *Zur Psychopathologie des Alltagslebens*, t. IV, 1941.
- FREUD, Anna : *Le moi et les mécanismes de défense*, 6^e éd. de la trad. française, PUF, 1972.
- FREY, E. : *Die Rolle der Kriminologie als Führerin und Ratgeberin der Strafrechtsreform*, in Intern. Kolloquium über Krimin. und Strafrechtsreform, 1958, pp. 11 ss.
 — *Das Verhältnis von Strafe und Massnahme de lege lata et de lege ferenda*, in RPS 1951, pp. 295 ss.
 — *Kriminologie, Programm und Wirklichkeit*, in RPS, 1951, pp. 49 ss.
- FRIEDLANDER, K. : *The psychoanalytical approach to juvenile delinquency*, 5^e éd. 1961.
 — *Latent delinquency and Ego development*, in Searchlights on Delinquency, éd. K. Eissler, 1949, pp. 53 ss. et 205 ss.
- FRIEDRICH : *Die Bestrafung der Motive und die Motive der Bestrafung*, 1910.
- GAFOS, H. : *Le délit de vol* (en grec), in Ann. Pén., 1967, pp. 321 ss. et 385 ss.
 — *Droit Pénal* (en grec), P.G. 1947, P.S. (fascicules I-VII, 1957-1969).
- GALLAS-BOCKELMANN-DAHS-BLAU : *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, in Travaux du VII^e Congrès Intern. de Dr. Pénal, 1957.

- GALET : *Contribution à l'étude de l'impulsivité chez les criminels*, in R. Dr. P. Cr., 1921, pp. 929 ss.
- GARDIKAS, C. : *Criminologie* (en grec), t. I et II, 6^e éd., 1968, t. III (Science pénitentiaire), 3^e éd., 1965.
- *Les crimes impulsifs* (en grec), in Ann. Pén., 1965, pp. 67 ss.
- *Les délinquants habituels et professionnels* (en grec), in Ann. Pén., 1951, pp. 57 ss.
- GAROFALO : *Criminologia*, 2^e éd., Torino 1891.
- *Criminologie* (Trad. franç.), 5^e éd., Paris 1905.
- GARRAUD, R. : *Précis de droit criminel*, 1934.
- GAUTHIER, J. : *Réflexions sur les art. 118 ss. CPS*, in RPS 1972, pp. 264 ss.
- GEERDS : *Einwilligung und Einverständnis im Strafrecht*, in Goldtdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozess, 1954, pp. 262 ss.
- GEMELLI : *La personalità del delinquente*, 1948.
- GERMANN, O.A. : *Grundzüge der Partialrevision des schweiz. Stgb. durch das Gesetz vom 18. März 1971*, in RPS 1971, pp. 337 ss.
- *Zum bedingten Strafvollzug nach schweiz. Recht*, in Etudes en l'honneur de J. Graven, 1969, pp. 57 ss.
- *Massnahmenrecht des schweizerischen Stragesetzbuches*, in RPS, 1958, pp. 44 ss.
- *Das Ermessen des Richters*, in RPS, 1942, pp. 24 ss.
- *Methodische Grundfragen*, 1946 (Schweiz. Kriminalistische Studien, I).
- *Vorsatzprobleme*, in RPS 1961, pp. 345 ss.
- *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942-1943.
- *Schweiz. Strafgesetzbuch* (CPS annoté), 9^e éd., 1972.
- GILLIERON : *Le rôle du juge dans l'exécution des peines*, in RPS 1955, pp. 267 ss.
- GISSINGER : *Die Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern im schw. Strafrecht*, thèse, 1948.
- GLASER : *Quelques remarques en faveur du subjectivisme en matière pénale*, in RPS, 1967, pp. 242 ss.
- GLUECK, Sheldon & Eleanor : *Ventures in criminology*, 1964.
- *Unraveling juvenile delinquency*, 3^e éd., 1957.
- *After conduct of discharged offenders*, English Studies in Criminal Science t. V, 1949.
- GOLDSCHMIDT : *Contributo alla sistematica delle teorie generali del reato* (à l'occasion de l'édition du livre de F. Carnelutti « Teoria generale del reato »), in Riv. ital. di Dir. Pen., 1934, pp. 437 ss.
- *Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913.
- GORPHE : *La psychologie appliquée en justice*, in Traité de Psychologie appliquée, 1959, pp. 1575 ss.
- GRAMATICA, F. : *Principes de la défense sociale*, 1963.
- *Nuove visioni del processo penale*, in Studi in onore di B. Petrocelli, 1972, t. II, pp. 869 ss.
- GRASSBERGER : *La criminologie de l'accident de circulation*, in Bulletin de la Soc. Intern. de Criminologie, 1958, pp. 215 ss.

GRAUMANN, C.F. : *Motivation*, 1969.

GRAVEN, J. : *Faut-il punir l'euthanasie ?* in R. Int. Cr. P. T., 1950, pp. 27 ss.

— *La répression de l'homicide en droit suisse*, in RSC, 1966, pp. 233 ss.

— *La criminologie et la fonction pénale* (Préface au II^e Congrès Intern. de Criminologie), in R. Int. Cr. P. T., 1950, pp. 165 ss.

— *L'évolution de la notion de responsabilité pénale et ses effets*, in R. Int. Cr. P. T., 1964, pp. 182 ss.

— *Les problèmes d'application des dispositions légales au « meurtre par passion » en droit suisse*, in RPS 1960, pp. 124 ss.

— *La limitation du droit de punir de l'Etat par les droits de l'homme*, in R. Dr. P. Cr., 1950, pp. 173 ss.

— *La définition et la répression des crimes contre l'humanité*, R. Dr. Intern. (Sottile), 1948, pp. 1 ss.

— *Le sens du sursis conditionnel et son développement*, in RPS, 1954, pp. 261 ss.

GRAVEN, Ph. : *La réforme pénale européenne et le CPS*, in RPS, 1969, pp. 225 ss.

— *Le cautionnement préventif*, 1963.

— *Les mesures de sûreté dans le droit et la jurispr. suisses*, in Mémoire publié par la Fac. de droit de Genève, 1969, pp. 72 ss.

— *Quelques considérations sur le sursis*, in R. Int. Cr. P. T., 1970, p. 12.

DE GREEFF : *Les fonctions incorruptibles dans les drames de Maeterlinck*, in « Autour de l'œuvre du Dr. De Greeff », t. II, 1956, pp. 83 ss.

— *Le processus crimogène*, in « Autour de l'œuvre du Dr. De Greeff », t. I, 1956, pp. 186 ss.

— *L'examen du détenu doit-il se faire avant ou après le procès ?* Cycle européen d'études O.N.U., C. 12.

— *La notion de responsabilité en anthropologie criminelle*, in R. Dr. P. Cr., 1931, pp. 445 ss.

— *Criminogénèse*, in Actes du II^e Congrès International de Criminologie, t. VI, pp. 267 ss.

— *Aux sources de l'humain*, Plon, 1949.

— *Les instincts de défense et de sympathie*, P.U.F. 1949.

— *Introduction à la criminologie*, P.U.F. 1948.

GRÊT, C. : *L'individualisation de la peine considérée en tant que problème pratique*, in RPS, 1949, pp. 46 ss.

GRISPIGNI : *Diritto penale italiano*, t. I et II, 1950.

— Rapport présenté au Congrès Européen de Criminologie (Rome 1951), in Sc. Pos., 1952, pp. 123 ss.

GROSS, H. : *Zur Frage des reflectoiden Handelns*, in Archiv für Kriminal — Anthropologie und Kriminalistik, t. VII, 1901, pp. 155 ss.

GRUHLE : *Die Ursachen der jugendlichen Verwahrlosung und Kriminalität*, 1914.

— *Ich - Qualität und Impuls Erlebnis*, Psychol. Forschungen t. 23, 1949.

— *Verstehen und Einfühlen*, Gesammelte Schriften, 1953.

— *Kriminalpsychologie*, in t. I du Handwörterbuch der Kriminologie, 1933, pp. 907 ss.

— *Motiv und Ursache in der Kriminologie*, in Monatschrift für Kriminalpsychologie, 1936, pp. 113 ss.

- GRÜNHUT : *Practical results and financial aspects of adult probation in selected countries*, 1954.
- *Gefährlichkeit als Schuldmoment*, in Aschaffenburg - Festschrift, 1926, pp. 87 ss.
- GSCHWIND : *Zur Kriminologie des Vorsatzes*, in Rechtsfindung, Festschrift für O.A. GERMANN zum 80. Geburtstag, 1969, pp. 59 ss.
- GUARNERI : *Diritto penale e influenze civilistiche*, 1947.
- *I delinquenti tipo*, 1942.
- GUKELBERGER : *Die Absichtsdelikte des schweiz. Strafgesetzbuches*, 1968.
- GUSDORF, G. : *Une interprétation existentielle de la responsabilité pénale*, in Travaux du Colloque de Strasbourg, 1961, pp. 387 ss.
- GYSIN, A. : *Die Theorie des Notstands und dessen Behandlung im Entwurfe eines schw. Stragesetzbuches*, in ZSR, 1926, pp. 44 ss.
- HACKER, F. : *Agression et violence dans le monde moderne* (Trad. française), 1972.
- HAEFELY : *Das Verhalten von 200 Insassen der Arbeitserziehungsanstalten Utiikon und Witzwil nach ihrer Entlassung*, thèse, 1962.
- HAEFLIGER, A. : *Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, in RPS 1952, pp. 93 ss.
- *Das richterliche Ermessen bei Beurteilung der auf Befehl begangenen Straftat*, in RPS, 1959, 75, Mélanges Germann, pp. 266 ss.
- *Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat*, in RPS, 1964, pp. 27 ss.
- *Der Notstand im schweiz. Strafrecht*, in Recueil des Travaux suisses présentés au VIII^e Congrès int. de droit comparé, 1970, pp. 379 ss.
- HAFTER, E. : *Lehrbuch des schweiz. Strafrechts*, A.T., 2^e éd., 1946 ; B.T., 1. Hälfte 1937 ; 2. Hälfte 1943.
- *Strafrecht und Schuld*, in RPS, 1927, pp. 104 ss.
- HALL, J. : *General principles of criminal law*, 1960 (2^e éd.).
- HALL WILLIAMS, J.E. : *The english penal system in transition ?* 1970.
- HAMMOND et CHAYEN : *Persistent criminal*, 1963.
- HARDWIG, W. : *Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, in ZStW., 68, pp. 14 ss.
- HARRIS, S. : *Criminal law*, 21^e éd. par A. Hooper, 1968.
- HARSCH : *Schuldbegriff unter tiefen psychologischen Gesichtspunkt*, in Verbrechen — Schuld oder Schicksal ? 1969, pp. 2 ss.
- HART : *Punishment and responsibility*, Essay in the Philosophy of Law, 1968.
- HAUSSENER, W. : *Die Berufspflicht gemäss art. 31 des Entwurfs eines schweiz. Strafgesetzbuches von 1918*, thèse, 1932.
- HEALY et BRONNER : *Delinquents and criminals, their making and unmaking*, 1926.
- HEGLER, A. : *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffes*, in Frank-Festgabe, I, 1930, pp. 251 ss.
- *Die Merkmale des Verbrechens*, in ZStW., 36, pp. 19 ss.
- HEIM : *Remarque sur un ATF concernant le sursis*, in JdT 1962 IV pp. 42 ss.
- HEISS, R. : *Gerichtliche Psychologie*, 1962.

- HELLMER : *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945*, 1961, p. 341.
- HENTIG, H. : *Das Verbrechen*, t. I-III, 1961.
- HERZOG : *La prévention des infractions involontaires contre la vie et l'intégrité de la personnalité humaine*, in *La prévention des infractions involontaires contre la vie et l'intégrité de la personnalité humaine*, t. I, pp. 225 ss.
- HESNARD : *Psychologie du crime*, 1963.
- HEUBERGER, H. : *Die Beleidigung eines fremden Staates*, thèse, 1943.
- HIMENEZ DE ASÚA, L. : *L'état dangereux ou la « périculosité » et le droit pénal*, in *R. Int. Cr. P. T.*, 1954, pp. 163 ss.
- *Les problèmes modernes de la culpabilité*, in *En hommage à Jean Constant*, 1971, pp. 147 ss.
- HIRSCH, H.J. : *Ehre und Beleidigung*, 1967.
- HIRSCHI, T. : *Causes of delinquency*, 1969.
- HOFFMANN, E. : *Der rechtswidrige, insbes. der verbindliche Rechtswidrige Befehl im schweiz. Strafrecht*, thèse, 1938.
- HOLER, O. : *Die Einwilligung des Verletzten*, thèse, 1906.
- HOLZHAVER : *Willensfreiheit und Strafe*, 1970.
- HURWITZ, S. : *Criminologia*, trad. italienne par Macri, 1954.
- IMPALLOMENI : *Codice penale illustrato*, t. I-III, 1891.
- JACOMELLA, S. : *Il consenso del leso*, in *RPS*, 1945, pp. 358 ss.
- JASPERS, Karl : *Allgemeine Psychopathologie*, 2^e édition, 1923, 7^e éd. 1959.
- JESCHECK : *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in Dogmen geschichtlicher Entwicklung*, in *Festschrift für E. Schmidt*, 1961, pp. 146 ss.
- *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 2^e éd. 1972.
- *Die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs eines Strafgesetzbuches*, in *ZStW.* 80, pp. 83 ss.
- *Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff*, in *E. Wolf - Festschrift*, 1962, pp. 473 ss.
- JOOS et DEBUYST : *De l'enfant voleur au récidiviste*, in *R. Dr. P. Cr.*, 1964, fasc. février.
- JOSSERAND, L. : *Essai de téléologie juridique — Les mobiles dans les actes juridiques*, 1928.
- JOST : *Der Betrugsbegriff in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes*, in *SJZ*, 1947, pp. 372 ss.
- JUNG, C. : *Seelenprobleme der Gegenwart*, traduction italienne publiée sous le titre : *Il problema dell'inconscio nella psicologia moderna*, 1942.
- *Présent et avenir*, 2^e éd. trad. française, 1969.
- KARANIKAS, D. : *Traité de droit pénal (en grec)*, I, 1952.
- KATSANDONIS, A. : *Le consentement de la victime en droit pénal (en grec)*, 1957.
- *Le consentement dans le meurtre (en grec)*, in *Ann. Pén.*, 1956, pp. 225 ss.
- KAUFMANN, Arthur : *Das Schuldprinzip*, 1961.
- *Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit*, in *JuS*, 67, pp. 145 ss.

- KAUFMANN, J. : *Das Züchtigungsrecht der Lehrer und die Strafrechtsreform*, in RPS, 1912, pp. 329 ss.
- *Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher*, 1910.
- KAUFMAN, Hilde : *Kriminologie*, t. I, 1971.
- KELLER, W. : *Psychologie und Philosophie des Willens*, 1954.
- KERN : *Vom Seelenleben des Verbrechers*, 1964.
- KINBERG, O. : *Les problèmes fondamentaux de la Criminologie*, 1960.
- *Les situations psychologiques pré-criminelles révélatrices des caractères de l'état dangereux*, in Bull. de la Soc. Intern. de Criminologie, 1951, pp. 11 ss.
- KOHLRAUSCH : *Sollen und Können als Grundlagen des strafr. Zurechnungsfähigkeit*, in Güterbock Festgabe, pp. 26 ss.
- KOHLRAUSCH-LANGE : *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen*, 43^e éd., 1961.
- KONCIEWSKI, C. : *La sympathie comme fonction de progrès et de connaissance*, 1951.
- KRAMER, C. : *La frustration*, 1959.
- KRASSNUSCHKIN, E.K. : *Der Verbrecher*, in Mokrim, 1927, pp. 65 ss.
- KRAUSS, A. : *Die Psychologie des Verbrechens*, 1884.
- KRAUS, Oscar : *Das Motiv zur psychologisch-ethischen Grundlegung des Strafrechts*, in ZStW. 17, pp. 467 ss.
- KRECH, D. et CRUTCHFELD, R.S. : *Grundlagen der Psychologie*, trad. allem. par Wendt et Ewert.
- KRETSCHMER, E. : *Medizinische Psychologie*, 5^e éd. 1939.
- *Körperbau und Charakter*, 23^e et 24^e éd., 1961.
- KURT, V. : *Les dispositions révisées du CPS*, in IPS, 1972, pp. 1 ss.
- LABORDE-LACOSTE : *Le but de l'agent, élément constitutif de l'infraction dans la doctrine et la jurisprudence françaises*, in RIDP, 1926, pp. 125 ss.
- LANG-HIRICHSEN : *Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht*, in ZStW. 73, pp. 210 ss.
- LAGACHE, D. : *Contribution à la psychologie de la conduite criminelle*, in Revue française de psychanalyse, octobre-décembre 1948.
- *Les conduites criminelles de l'adulte*, in Bulletin de Psychologie de la Sorbonne, mars 1961.
- *Psychocriminogénèse*, Rapport général présenté au II^e Congrès Intern. de Crim., in Actes, VI, 1950, pp. 129 ss.
- LAMPE : *Das personale Unrecht*, 1967.
- *Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen*, in ZStW. 77, pp. 262 ss.
- LÉAUTÉ, J. : *La responsabilité pénale*, in Travaux du Colloque de philosophie pénale de Strasbourg (12-21 janvier 1959), 1961.
- *Criminologie et science pénitentiaire*, Thémis, 1972.
- LEBRET, J. : *Essai sur la notion de l'intention criminelle*, in RSC, 1938, pp. 438 ss.
- LEGROS, Robert : *L'élément moral dans les infractions*, 1952.

- LENCKNER : *Der rechtfertigende Notstand*, 1965.
 — *Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung*, in H. Meyer - Festschrift, 1966, pp. 165 ss.
- LERSCH, Ph. : *Der Aufbau der Person*, 11^e éd., 1970.
- LÉVASSEUR, G. : *Etude de l'élément moral de l'infraction*, in Annales de la Fac. de Droit de Toulouse, 1969, pp. 81 ss.
- LÉYY-BRUHL : *Problèmes de la sociologie criminelle*, in GURVITSCH, *Traité de Sociologie*, II, 1968, pp. 222 ss.
- LISZT, F. v. : *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, in ZStW., 16, pp. 477 ss.
- LISZT-SCHMIDT : *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927.
- LOGOZ, P. : *Commentaire du code pénal suisse*, P.G., 1939-1941 ; P.S., t. I 1955, t. II 1956.
- LOMBROSO, C. : *L'uomo delinquente, Atlante*, t. IV, 5^e éd., 1897.
 — *Delitti vecchi e delitti nuovi*, 1902.
- LOMBROSO et LASCHI : *Il delitto politico e le rivoluzioni*, in rapporto al diritto, all'antropologia criminale e alla scienze del governo, 1890.
- LÜCKERT, H.R. : *Konflikt - Psychologie*, 1957.
- LÜDERSEN : *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967.
- LUDWIG, C. : *Zum Begriff der Unzucht und des Unzüchtigen*, in Basler Juristische Mitteilungen, 1960, p. 155.
- MAGGIORE : *Principi di diritto penale*, t. I et II, 1932.
- MAIHOFFER : *Der Unrechtsvorwurf*, in Festschrift für Rittler, 1957, pp. 141 ss.
- MALÇOÇ, J.N. : *Les délits contre l'honneur commis par la voie de presse*, thèse, 1952.
- MALINVERNI : *I moventi a delinquere*, in Studi in memoria di F. Grispigni, 1956, pp. 269 ss.
 — *I motivi nel diritto privato*, 1939.
 — *Scopo e movente nel diritto penale*, 1945.
 — *Motivi a delinquere*, in Digesto, X, pp. 961 ss.
- MANGAKIS, G. : *Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts*, in ZStW. 84, pp. 447 ss.
 — *Le conflit de devoirs* (en grec), 1955.
 — *Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit*, in ZStW. 75, pp. 119 ss. (Auslandsteil).
- MANNHEIM : *Comparative Criminology*, 1965.
- MANZINI : *Trattato di Diritto Penale*, 1922 ; 3^e éd. 1948-1952, 4^e éd. mise à jour par Nuvolone et Pisapia, t. I-X, 1961-1964.
- MARQUARD : *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Massregel*, Kriminologische Forschungen, t. 9, 1972.
- MAURACH, R. : *Kritik der Notstandslehre*, 1935.
 — *Deutsches Strafrecht*, A.T., 1971 ; B.T., 1969.
- MAURER, G. : *Die Strafzumessung im schw. Strafgesetzbuch*, thèse, 1945.
- MAYER, H. : *Strafrecht*, A.T., 1953.
- MAYER, M.E. : *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, 1901.

- MEISSNER : *Motiv und Gesinnung im Strafrecht*, 1903.
- MERGEN, Armand : *Psychologie des profonds, tests de personnalité et de criminologie*, in R. Int. Cr. P. T., 1955, pp. 103 ss.
- MERLE : *Droit pénal général*, P.U.F., 1957.
- MERLE-VITU : *Traité de droit criminel*, 1967.
- MEYER : Rapport présenté au VIII^e Congrès Intern. de Dr. Pénal, in RIDP, 1961, pp. 1111 ss.
- MEZGER : *Die subjektiven Unrechtselemente*, in Gerichtssaal, 89, pp. 207 ss.
- *Leipziger Kommentar*, 1956.
 - *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950.
 - *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, 1926 (tirage à part du Festschrift für Traeger).
 - *Die Straftat als Ganzes*, in ZStW., 57, pp. 688 ss.
 - *Kriminalpolitik auf Kriminologischer Grundlage*, 1^{re} éd. 1934, 3^e éd. 1944.
 - *Kriminelle Typen*, in Festschrift für K. Schneider, 1947, pp. 217 ss.
 - *Die Handlung im Strafrecht*, in Festschrift für Rittler, 1957, pp. 119 ss.
 - *Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht*, in ZStW. 60, pp. 362 ss.
- MEZGER-BLEI : *Strafrecht, ein Studienbuch*, I ,A.T., 14 éd., 1970.
- MILLET, L. : *L'agressivité*, 1970.
- MIMIN, Pierre : *L'intention et le mobile*, in Mélanges M. Patin, 1965.
- MORO, A. : *L'antigiuridicità*, 1947.
- MOSER, W. : *Die Beschimpfung nach schweiz. Strafrecht*, thèse, 1953.
- MÜLLER, K. : *Notwehr und Notwehrexcess nach dem neuen schweiz. Strafgesetzbuch*, thèse, 1948.
- MURRAY, A. : *Explorations in personality*, 1938.
- MURRAY, A. et MORGAN, C.D. : *A clinical study of sentiments*, t. I et II, 1945.
- MURPHY, Gardner : *Personality, A biosocial approach to origins and structure*, 1947.
- MURPHY, L.B. et LADD, H. : *Emotional factors in learning*, 1944.
- NASS, G. : *Der Mensch und die Kriminalität*, t. I, Kriminalpsychologie, 1959.
- NEUMEYER : *Das Motiv der Straftat und seine strafrechtliche Verwendung*, 1950.
- NICEFORO : *Criminologia*, t. III : *L'uomo delinquente — La « facies » interna*, 1951.
- *L'« Io » profondo e le sue maschere*, 1949.
- NIESE, W. : *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951.
- *Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff*, in E. Schmidt - Festschrift, 1961, pp. 364 ss.
- NOLL, P. : *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Einwilligung des Verletzten*, Schweiz. Krimin. Studien, 1955.
- *Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in ZStW., 1965, pp. 1 ss.
 - *Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung*, in RPS, 1964, pp. 160 ss.

- NOWAKOWSKI : *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in ZStW., 63, pp. 287 ss.
- NUVOLONE : *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, 1942.
— *I limiti taciti della norma penale*, 1947.
- NYMAN, A. : *Die Schulen der neueren Psychologie*, 1966 (Trad. du suédois par E. Bohm).
- OEHLER : *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1959.
- OERTER : *Moderne Entwicklungspsychologie*, 1967.
- OETKER : *Notwehr und Notstand*, in Frankfestgabe, I, pp. 359 ss.
- OLSHAUSEN : *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1927.
- OTTO : *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 1965.
- OVIDE : *Métamorphoses*.
- PANNAIN, R. : *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, 1930.
— *Manuale di dir. penale*, 4^e éd., 1967.
- PAPADATOS, P. : *Le problème de l'ordre d'un supérieur hiérarchique en droit pénal* (en grec), 1961.
— *Le problème de l'ordre reçu en droit pénal* (en français), 1964.
— *Le délit politique*, thèse, 1954.
- PAPAKYRIACOPOULOS, J. : *L'état de nécessité selon le nouveau C.P. Gr.* (en grec), in Ann. Pén., 1953, pp. 225 ss.
- PECORARO-LOMBARDI : *Tentativo di una teoria dei moventi a delinquere*, in Circolo Giuridico, t. XXVI, fasc. d'avril-juin 1895.
- PELLA, V. : *Considérations sur un code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, in Rev. Dr. Intern. (Sottile), 1950.
- PENDE : *Communication au Congrès Europ. de Criminologie* (convegno di criminologia Rome 1952), in Sc. Pos. 1952, pp. 36 ss.
- PENDE : *La biotypologie et la clinique de la personne humaine au service de la criminologie*, in Actes du II^e Congrès Int. Cr., t. II, 1952, pp. 195 ss.
- People in Prison*, White Paper relating to England and Wales, Cmnd 4214, nov. 1969.
- PESSINA : *Elementi di Dir. Penale*, 1882.
- PETERS-PREISENDANZ : *Stgb. - Kommentar*, 26^e éd., 1970.
- PETROCELLI : *Principi di dir. penale*, I, 1944, dern. éd. 1964.
— *Pericolosità e antigiuridicità*, in Riv. Dir. Penit., 1937.
— *La funzione della pena*, in Riv. Dir. Penit., 1935.
— *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, 1940.
— *L'antigiuridicità*, 1948 (rééd. 1962).
- PEVERATI : *Considerazioni sulla legittima difesa*, 1942.
- PFENNINGER, H. : *Die Freiheit des Richters in der Strafzumessung*, in SJZ, 30, 1934, pp. 209 ss.
— *Die moderne deutsche Strafrechtswissenschaft*, in SJZ, 1949, pp. 356 ss.
- PHILIPPIDIS, T. : *Le consentement de la victime* (en grec), 1951.
— *La protection d'intérêts légitimes dans les délits contre l'honneur* (en grec), 1965.

- PIACENZA : *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, 1943.
- *Profili pratici ed attuali della dottrina sugli elementi soggettivi della fattispecie legale*, in Sc. Pos., 1952, pp. 224 ss.
- PIAGET, J. : *Problèmes de psychologie génétique*, 1972.
- PINATEL, J. : *Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale. Le point de vue criminologique et pénologique*. Rapport présenté aux XII^e Journées de Déf. Soc., in RSC, 1964, pp. 757 ss.
- *Criminologie*, tome III du « *Traité de Droit Pénal et de Criminologie* » Bouzat-Pinatel, 2^e édit. 1970.
- *Les fondements anthropologiques et criminologiques du droit pénal*, in Annales de la Fac. de Droit de Toulouse, 1969, XVII, pp. 19 ss.
- *Biologie et responsabilité pénale*, in RSC, 1968, pp. 672 ss.
- *La société criminogène*, 1971.
- PIOTET : *La doctrine dite finaliste de l'infraction*, in RPS, 1956, pp. 385 ss.
- *Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre*, in ZStW. 69, pp. 14 ss.
- *Le champ d'application de l'art. 26 CPS*, in JdT 1961 IV, pp. 98 ss.
- *Encore les circonstances personnelles spéciales (art. 26 CPS)*, in RPS, 1967, pp. 339 ss.
- PLATON : *Les lois* (tout particulièrement livre IX, lois pénales).
- PONSOLD : *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, 2^e éd., 1957.
- RADBRUCH : *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in Frank-festgabe, I, pp. 167 ss.
- *Die Vernichtung des sogenannten « lebensunwerten Lebens »*, in SüdJZ, 1947, pp. 621 ss.
- *Der politische Mord*, in SüdJZ, 1949, pp. 311 s.
- RADZINOWICZ, L. : *Ideology and crime*, 1966.
- RANIERI, S. : *Manuale di dir. penale*, P.G., t. I, 4^e éd., 1968 ; P.S., t. II et III, 2^e éd., 1962-1967.
- *I problemi della colpevolezza e l'avvenire del diritto penale*, in Scritti e discorsi varii, 1968, t. II, pp. 463 ss.
- REPORT on the work of the Prison Department for 1968, Cmnd. 4186.
- RESTEN, René : *Caractérologie du criminel*, 1959.
- REUCHLIN : *Histoire de la psychologie*, 1967.
- RHODES, H. : *Le génie et le crime*, éd. N.R.C. (sans date).
- RIBOT, Th. : *La psychologie des sentiments*, 10^e éd., 1917.
- RIEHL, A. : *Der philosophische Kritizismus*, t. I-III, 3^e éd., 1924-26.
- RIMERT : *Les sciences criminologiques et l'état dangereux*, in R. Int. Cr. P. T., 1954, pp. 172 ss.
- RITTLER, Th. : *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, t. I et II, 2^e édition, 1954 et 1962.
- ROBERT et CHIROL : *Essai de prévision de la criminalité légale*, 1967.
- ROCCO, A. : *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1913.
- *Esame critico della premeditazione*, 1927.

- ROKOFYLLOS, Chr. : *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence*, 1967.
- ROMAGNOSI : *La genesi del diritto penale*, 1841.
- ROSENTHAL WALTHER : *Das neue politische Strafrecht der DDR*, 1968.
- ROUJOU DE BOUBÉ : *La genèse de l'acte infractionnel*, in *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVII, fasc. 1, 1969, pp. 61 ss.
- ROXIN : *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in *ZStW.*, 74, pp. 515 ss.
 — *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959.
 — *Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafr.*, in *JZ*, 66, pp. 293 ss.
 — *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963.
- RÜEGG, E. : *Die unzüchtige Handlung im Strafrecht*, thèse, 1935.
- SALMOND, J.W. : *Jurisprudence*, 7^e éd., 1924.
- DE SANCTIS, S. : *Problemi e programmi della scuola positiva*, in *Sc. Pos.*, 1921, pp. 162 ss.
 — *Trattato di psicologia sperimentale*, t. I-II, 1929-1930.
 — *Pregiudiziali e pregiudizi nella psicologia della delinquenza*, in *Rivista Dir. Penit.*, fasc. n° 1, 1934.
- SANTAMARIA : *Il fondamento etico del diritto penale*, *Annuario Accademico*, 1962-1963.
- SANTORO : *L'ordine del superiore nel diritto penale*, 1957.
 — *Manuale di dir. penale*, P.G., t. I, 1958 ; P.S., t. I-IV, 1962-1968.
- SCHAFFSTEIN : *Deutsches Strafrecht*, 1942.
 — *Notwehr und Güterabwägungsprinzip*, in *Monatschrift f. deutsches Recht*, 1952, pp. 132 ss.
- SCHACHERT : *Kriminologische Untersuchungen an entlassenen Sicherungsverwahrten*, 1963.
- SCHELLER : *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 1954.
- SCHERER, C.W. : *Begriff und Bedeutung der Berufspflicht im Strafrecht*, thèse, 1938.
- SCHMIDHÄUSER : *Strafrecht*, A.T., 1970.
 — *Der Unrechtstatbestand*, in *English - Festschrift 1969*, pp. 433 ss.
 — *Vorsatzbegriff und Begriffjurisprudenz im Strafrecht*, 1968.
 — *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958.
 — *Über die Wertstruktur der Notwehr*, in *Honig-Festschrift*, 1970, pp. 185 ss.
- SCHMIDT, Eb. : *Ärztliches Strafrecht*, in PONSOLD, *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, 2^e éd., 1957, pp. 33 ss.
 — *Vergeltung, Sühne und Spezialprävention*, in *ZStW*, 67, pp. 177 ss.
- SCHMITT, R. : *Der Rechtswidrigeangriff bei der Notwehr*, in *NJW*, 1960.
- SCHNEIDER, K. : *Die psychopathischen Persönlichkeiten*, 3^e éd., 1931.
- SCHNYDER, O. : *Täterschaft und Teilnahme bei den Sonderdelikten*, 1962.
- SCHÖNKE-SCHRÖDER : *Strafgesetzbuch — Kommentar*, 16^e éd., 1972.
- SCHOPENHAUER : *Die Welt als Wille und Vorstellung*.
- SCHRÖDER, F.C. : *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970.

- SCHRÖDER, H. : *Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im Stgb.-entwurf 1960*, in NJW, 61, pp. 951 ss.
- *Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweiz. Recht*, in RPS, 1960, pp. 1 ss.
- *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes*, in Sauer-Festschrift, 1949, pp. 207 ss.
- SCHUDT, R. : *Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung*, 1952.
- SCHÜLER-SPRINGORUM : *Strafvollzug im Übergang*, 1969.
- SCHULTZ, H. : *Täterschaft und Teilnahme im modernen schweiz. Strafrecht*, in RPS, 1956, pp. 244 ss.
- *Le sursis en droit suisse*, in RSC, 1965, pp. 815 ss.
- *Kriminalpolitische Aspekte der Strafrechtsreform*, in Heft 162 de « Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen », 1969, pp. 33 ss.
- *Strafrechtliche Bewertung und Kriminologische Prognose*, in RPS, Mélanges Germann, 1959, pp. 245 ss.
- *Der bedingte Strafvollzug nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1971*, in RPS, 1973, pp. 52 ss.
- *Die zweite Teilrevision des schweiz. Stgb.*, in ZBJV, 1970, pp. 1 ss.
- *Dreissig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch*, in RPS, 1972, pp. 1 ss.
- *Teilnahme*, FJS 1189, 1190, 1191.
- *Schweizer Strafrecht*, in ZStW, 83, pp. 1045 ss.
- *Falsche Anschuldigung, Irreführung der Rechtspflege und falsches Zeugnis*, in RPS, 1958, pp. 213.
- *La convention européenne d'extradition et le délit politique*, in En hommage à J. Constant, 1971, pp. 313 ss.
- *Einführung in den A.T. des Strafrechts*, t. I et II, 1973.
- SCHWANDER, V. : *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 1964 (réimpression 1969).
- SCHWEIKERT : *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957.
- SEELIG : *Lehrbuch der Kriminologie* (3^e éd. complétée par H. Bellavic), 1963.
- SÉVÉRAC : *Essai d'une théorie générale du fait justificatif*, 1953.
- SIEVERTS : *Zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen*, 1934.
- SMITH et HOGAN : *Criminal Law*, 2^e éd., 1969.
- SOLNAR : *Le rôle du juge dans la détermination et l'application des peines*, Rapport général au X^e Congrès Int. de Dr. Pénal, in RIDP 1970, pp. 319 ss.
- SPITZ, R. : *Les parents sont-ils nécessaires ?* in Psyché, 34, 1949.
- STÉFANI et LÉVASSEUR : *Droit pénal général*, 6^e édition, 1972.
- STÉFANI, LÉVASSEUR, JAMBU-MERLIN : *Criminologie et science pénitentiaire*, 3^e éd., 1972.
- STETTNER : *Die strafrechtliche Problematik der Körperlichen Züchtigung*, 1958.
- STICH-BAUER : *Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen* (collection de plusieurs études), 2^e éd., 1958.
- STOOS, C. : *Das Motiv im Entwurf zu einem schweizerischen Stgb.*, in RPS, 1896, pp. 167 ss.

- *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung*, 1898.
 - *Die Abgrenzung des Notstands*, in RPS, 1899, pp. 330 ss.
 - *Motifs de l'avant-projet CPS*, 1894.
 - *Bibliographie* (de l'ouvrage de v. Liszt « Lehrbuch »), in RPS, 1928, pp. 211 ss.
- STORR, A. : *L'agressivité nécessaire* (trad. de l'anglais par Roux), Laffont, 1969.
- STRATENWERTH, G. : *Strafrecht*, A.T., I. Die Straftat, 1971.
- *Schweizerisches Strafrecht*, BT I, 1973.
 - *Über Prinzipien der Rechtfertigung*, in ZStW., 68, pp. 41 ss.
 - *Verantwortung und Gehorsam*, 1958.
 - *Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale*, in v. Weber - Festschrift 1963, pp. 171 ss.
 - *Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht*, in RPS, 1965, pp. 179 ss.
 - *Zur Rechtsstaatlichkeit der Freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht*, in RPS 1966, pp. 337 ss.
- STRINGARIS, M. : *Les crimes impulsifs* (Etudes de criminologie GARDIKAS-KARANIKAS-STRINGARIS, 2^e fascicule, en grec), 1941.
- SUTHERLAND, E. et CRESSEY, D. : *Principles of criminology*, 7^e éd., 1966.
- SVERI, K. : *Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher in den nordischen Ländern*, in ZStW., 80, pp. 176 ss.
- SZONDI : *Diagnostic expérimental des pulsions*, 1952.
- TAHON : *Le mobile en droit pénal belge* (discours prononcé le 15-9-1948, à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire, à la Cour d'appel de Liège), in R. Dr. P. Cr., 1948, pp. 101 ss.
- THOMAE, H. : *Die Bedeutung des Motivationsbegriffes*, in Handbuch der Psychologie, t. II (par Gottschaldt, Lersch, Sauder, Thomae), 1^{re} éd., 1965.
- *Einführung*, in *Die Motivation menschlichen Handelns*, 1965, pp. 13 ss.
- THOMAE, H. et FEGER, H. : *Hauptströmungen der neueren Psychologie*, 1969.
- THOMSEN, A. : *Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs*, 1902.
- THOMPSON, Clara : *Interpersonal psychoanalysis*, 1964.
- THORMANN et v. OVERBECK : *Das schweizerische Strafgesetzbuch — Kommentar*, 1940-41.
- TROUSSE : *Le mobile justificatif*, in R. Dr. P. Cr., 1962-1963, pp. 418 ss.
- TRÜEB, H. : *Notwehr und Notstand im allgemeinen und nach schweiz. Recht*, thèse, 1924.
- TSITSOURA, Aglaé : *L'examen de la personnalité du criminel* (en grec), 1959.
- DI TULLIO, B. : *Principi di criminologia clinica*, 1^{re} éd., 1954.
- *Principi di criminologia clinica e psichiatria forense*, 3^e éd., Rome, 1963.
 - *Principes de criminologie clinique* (trad. franç. de l'ouvrage susmentionné par Crescenzi), Paris, 1967.
 - *Sur les mobiles*, Discussion à la Société Romaine de Médecine Légale, in Zacchia, 1963, p. 296.
 - *Antropologia criminale*, 1940.

- *Rapport au X^e Congrès International de Criminologie* (sur la césure du procès pénal, in RIDP, 1970, pp. 41 ss.
 - *Rapport à la Première Conférence des Directeurs d'Instituts de Recherches Criminologiques*, Strasbourg, 1964, pp. 41 ss.
 - *Médecine et sociologie en étiologie criminelle*. Exposé et débats à la Société Int. de Criminologie, séance tenue le 17 avril 1951 (sans autre date).
- VALLINDRAS, D. : *L'importance criminologique des mobiles* (en grec), 1971.
- VANNINI, O. : *Istituzioni di diritto penale*, P.G., 1939.
- *Manuale di diritto penale*, P.G. 1948, P.S. 1949.
- VASSALLI, G. : *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in Festschrift für Heinitz, 1972, pp. 791 ss.
- VERGARA, P. : *Dos motivos determinantes no direito penal*, in *Direito applicado*, 1937, pp. 630 ss.
- VERVAECK, L. : *Krassnuschkin, Le délinquant* (bibliographie critique), in R. Dr. P., 1927, pp. 684 ss.
- VIDARI, G. : *Elementi di Etica*, 5^e éd., 1924.
- DA VINCI, Leonardo : *Frammenti letterari e filosofici*.
- VITU : *L'élément légal et l'élément matériel de l'infraction devant les perspectives ouvertes par la criminologie et les sciences de l'homme*, in *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVII, fasc. I 1969, pp. 39 ss.
- VORÉAS : *Psychologie* (en grec), 1933.
- VOUIN et LÉAUTÉ : *Droit pénal et criminologie*, 1956.
- *Droit pénal et procédure pénale*, 1960.
- VOUIN : *Exposé aux XII^e Journées de défense sociale*, in RSC, 1964, pp. 824 s.
- *Droit pénal spécial*, 3^e éd., 1971.
- WAIBLINGER, M. : *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1945 und 1950*, in ZBJV, 1947, pp. 381 ss. (délits sexuels) et 1953, pp. 439 ss. (délits sexuels).
- *Die Gewaltanwendung bei der Erfüllung der Amtspflicht durch Polizeiorgane*, in *Polizeidienst*, 1954, pp. 83 ss., 97 ss., 115 ss., 133 ss.
- *Actes licites*, FJS 1204, mise au point en 1958.
- *Légitime défense*, FJS 1205, mise au point en 1958.
- *Etat de nécessité*, FJS 1206, mise au point en 1958.
- *Consentement du lésé, « negotiorum gestio » etc.*, FJS 1207, mise au point en 1958.
- WALDER, H. : *Le test de Szondi comme moyen de recherche en psychologie criminelle*, 1956.
- *Der Affekt und seine Bedeutung im schweiz. Strafrecht*, in RPS, 1965, pp. 24 ss.
- v. WEBER, H. : *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935.
- *Grundriss*, 1946.
- *Bemerkungen zur Lehre von Handlungsbegriff*, in Engisch - Festschrift, 1969, pp. 328 ss.
- WEBER, W.A. v. : *Die Bereicherungsabsicht im schweiz. Stgb.*, thèse, 1951.

- WELZEL, H. : *Das deutsches Strafrecht, eine systematische Darstellung*, 11^e édition, 1969.
- *Schuld und Persönlichkeit*, in ZStW., 60, pp. 428 ss.
 - *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4^e éd. 1961.
 - *Zum Notstandsproblem*, in ZStW., 63, pp. 47 ss.
 - *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, 1953.
 - *Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen*, in JZ, 56, pp. 316 ss.
 - *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahren und die finale Handlungslehre*, in JuS 66, pp. 421 ss.
 - *Um die finale Handlungslehre*, 1949.
- WEST : *The habitual Prisoner*, 1963.
- WOLFGANG : *Crime and culture* (in volume en l'honneur de SELLIN), 1968.
- WOODARD : *Psychological aspects of the question of moral responsibility and punishment*, in Journal of Criminal Law and Criminology, t. 28, pp. 630 ss.
- WUNDT, W. : *Grundriss der Psychologie*, 12^e édition, 1914.
- *Vorlesung über die Menschen- und Tierseele*, 8^e éd., 1922.
- WÜRTEMBERGER : *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1959.
- *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, 1970.
- YOTOPOULOS, Pan. : *Les tendances actuelles du droit pénal* (en grec), discours inaugural, Athènes, 1930.
- *L'irritation de l'agent par la victime comme circonstance atténuante dans le droit en vigueur et dans les Projets du C.P. Gr.* (en grec), in Thémis (θέμις), 1939, pp. 7 ss.
- YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, A. : *L'examen de la personnalité du criminel* (en grec), Ann. Pén., 1967, pp. 129 ss.
- ZANGAROLAS, J. : *La périculosité et les mesures de sûreté en droit pénal* (en grec), 1940.
- ZBINDEN : *Die Leumundsbericht*, in RPS, 1947, p. 199.
- ZILBOORG, G. : *Psychoanalysis and criminology*, in Encyclopedia of Criminology, 1949, pp. 402 ss.
- ZIMMERL, L. : *Zur Lehre vom Tatbestand* (Strafrechtliche Abhandlungen), 1928.
- ZISSIADIS, J. : *L'état de nécessité* (en grec), 1943.
- ZOLLER, A. : *Die Abgrenzung des dolus eventualis von der bewussten Fahrlässigkeit in der Praxis*, thèse, 1946.
- ZULLIGER, H. : *Helfen statt Strafen*, 1956.
- *Schwierige Kinder*, 4^e éd., 1958.
 - *Über symbolische Diebstähle von Kindern und Jugendlichen*, 2^e éd., 1953.
- ZÜRCHER : *Erläuterungen zum Vorentwurf 1908*, 1914.

Note : Nous ne citons pas dans cette bibliographie les Actes des Congrès et des Journées de criminologie, de droit pénal, de défense sociale, etc., auxquels renvoie ce travail.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. La criminologie éclaire le droit pénal en ce qui concerne la personnalité du criminel	1
2. La psychologie criminelle d'aujourd'hui et la mise en relief du facteur affectif et pulsionnel	2
3. Les mobiles de l'acte, de caractère affectif et pulsionnel, sont des éléments importants pour la compréhension de la personnalité	4
4. Les tendances actuelles du droit pénal sous l'influence de la criminologie	4
5. But, système et lignes générales du présent ouvrage	5
6. Méthode et particularités du présent travail	7

PREMIÈRE PARTIE :

LES MOBILES EN CRIMINOLOGIE ET EN DROIT PÉNAL

CHAPITRE PREMIER

La notion de mobiles en criminologie.

<i>Introduction</i>	11
------------------------------	----

A) *La psychogénèse de l'acte en général.*

1. La décision de commettre un acte découle de la personnalité totale	11
2. Le mobile, phénomène psychique de caractère affectif	12
3. Aperçu sommaire de l'évolution de la notion de mobile en psychologie	14

4. Le mobile et les trois catégories d'actes selon Wundt	16
5. Le mobile et les trois catégories d'actes selon Lersch	17
6. Le mobile selon Gruhle	19
7. La notion de mobile selon Bürger-Prinz	20
8. La notion de mobile selon Kern	21
9. Subconscient et mobiles	22
10. Distinction entre mobile et but ; exemples	23
11. But immédiat ou intermédiaire et but final ; différence entre ces deux buts et les mobiles	25
12. L'opportunité psychique, différente du but, appartient aux mobiles profonds	26
13. Le faisceau de mobiles et le mobile final de l'acte	27
14. Le motif dernier	28

B) *La psychogénèse de l'acte criminel.*

1. L'acte criminel est un comportement humain exceptionnel, témoignant des perturbations affectives	29
2. Les criminels sont des personnes qui ont évolué d'une façon anormale du point de vue psychique, sans être pour autant, dans leur majorité, des individus pathologiques	31
3. Explication de la personnalité criminelle par les psychanalystes, notamment par D. Lagache et E. Erikson	32
4. L'agressivité et son explication	38
5. Crimes commis par des individus qui n'ont pas une tendance criminelle	40
6. Différences entre le névrosé et le criminel	41
7. Les mobiles conscients sont insuffisants pour expliquer la décision criminelle ; coexistence de mobiles inconscients surtout dans les actes criminels	42

C) *Le mécanisme des mobiles du crime.*

1. L'apparition des mobiles incitant au crime et la lutte dans l'inconscient entre mobiles incitateurs et mobiles inhibiteurs	44
2. La lutte entre mobiles et le Moi conscient	46
3. Phases de la lutte et auto-justification avant le recul du Moi	47
4. Intensité et durée de la lutte et signification de celle-ci ; préméditation	48
5. Les actes impulsifs et compulsifs	49
6. L'importance des facteurs organiques (Di Tullio)	50

TABLE DES MATIÈRES	341
7. Le sentiment est un régulateur de l'activité humaine	52
8. La volonté	53
9. Premier cas (long processus de lutte entre mobiles incitateurs et mobiles inhibiteurs)	56
10. Deuxième cas (mobiles difficiles à déceler)	61
11. Troisième cas (pareil au précédent)	63

CHAPITRE II

Les théories relatives à la notion de mobile et au rôle des mobiles en droit pénal.

<i>Introduction</i> : Apparition et évolution du problème en science pénale	66
--	----

A) *Doctrine italienne.*

1. Ferri	68
2. Pecoraro-Lombardi	71
3. Conti	71
4. Fioretti	72
5. Florian	73
6. Contieri	74
7. Manzini	74
8. Altavilla	75
9. Malinverni	77

B) *Doctrine allemande.*

1. A. Krauss	78
2. F. v. Liszt	78
3. Oskar Kraus	80
4. Meissner	80
5. A. Thomsen	82
6. Van Calker	83
7. Friedrich	83
8. Neumeyer	84
9. Welzel	85
10. Maurach	86

C) *Doctrine suisse.*

1. C. Stoos	88
2. Hélène Erba-Tissot	90
3. W. A. v. Weber	91
4. Olivier Cornaz	92

D) *Doctrine française.*

1. Garraud	93
2. Lebret	94
3. Chazal	94
4. Mimin	95
5. Bouzat	96
6. Stéfani et Lévasseur	97

E) *Doctrine belge.*

1. Tahon	98
2. R. Legros	98

F) *Doctrine anglo-américaine.*

1. Austin	99
2. Salmond	100
3. J. Hall	101
4. Smith et Hogan	102

CHAPITRE III

Les mobiles en droit pénal — Conclusions.

1. Mobile — but — motif	103
2. Le but et la théorie de la finalité de l'acte (finalistische Handlungslehre)	105
3. Le dol diffère du mobile et du but	107
4. Les mobiles et le but dans les délits par négligence ou imprudence	108
5. Relation entre culpabilité et mobiles	110
6. Mobiles « moraux » et mobiles « immoraux »	113

7. Mobiles, disposition criminelle et tendance	117
8. Mobiles qui n'émanent pas d'une disposition criminel	119
9. Les mobiles sont toujours intérieurs (psychiques) ; les facteurs endogènes et les facteurs exogènes qui deviennent des mobiles	120
10. Le principe d'Altavilla et la théorie du « Tätertyp » de Mezger	122
11. Catégories de délinquants sur la base du pourcentage de facteurs endogènes et exogènes	126
12. Le caractère social ou antisocial des mobiles et sa relation avec la disposition criminelle	128
13. Conclusions	130

CHAPITRE IV

L'investigation des mobiles profonds.

A) *Les méthodes d'investigation des mobiles profonds.*

1. Besoin d'examen approfondi	132
2. Les tendances de la psychologie actuelle et les méthodes utilisées	133
3. Tests et questionnaires	136
4. Différence existant entre les causes physiques et les causes psychiques	137
5. Qualités du psychologue examinateur	139

B) *Cas concrets intéressants.*

1. Généralités	142
2. Les mobiles du vol en général	142
3. Principal mobile profond du vol commis par des enfants . .	144
4. Quelques mobiles caractéristiques de vols commis par des adultes	146
5. 1 ^{er} cas de vol	146
6. 2 ^e cas de vol	147
7. L'homicide ; les tendances homicides existent chez tout homme, mais elles ne se manifestent, dans la majorité des cas, que de façon symbolique	148
8. Cheminement de l'idée homicide vers l'accomplissement du crime	149

4. Distinction entre cupidité et exercice d'une activité délictueuse « par métier » ou « d'habitude »	177
5. Conséquences pratiques découlant de l'interprétation de la cupidité	178

CHAPITRE II

Mesures de sûreté et mobiles dans le CPS

Généralités.

1. Fondement des mesures de sûreté selon le CPS	179
2. Vue générale des mesures prévues par ce code	180

A) Le traitement des anormaux mentaux.

1. Le danger prévue par l'art. 43 (nouveau) et le degré de probabilité requis par celui-ci	182
2. La gravité (ou qualité) du danger	183
3. Les mobiles en tant qu'indices des états personnels prévus par l'art. 43 ainsi que des degrés de périculosité qui en découlent	184
4. Sens du terme « anormaux mentaux »	186

B) Le traitement des alcooliques et des toxicomanes.

1. Les conceptions de l'art. 44 (nouveau)	187
2. Le rôle des mobiles dans l'application de cet article	188

C) L'internement des délinquants d'habitude.

1. La notion de délinquant d'habitude	189
2. Les systèmes de répression de la délinquance d'habitude	191
3. Le système du CPS	192
4. Sens de la redoutabilité de l'art. 42	195
5. Une investigation de la vie entière du délinquant est nécessaire	197
6. « Anormalités » psychiques chez le délinquant habituel	198
7. Rapports entre l'art. 42 et l'art. 43 du CPS	198
8. Résumé sur le rôle des mobiles dans l'application de l'art. 42	200

4.	Quelques causes justificatives reposant tout particulièrement sur le côté subjectif	221
5.	Conséquences de l'opinion qu'un élément subjectif est toujours contenu dans ces causes	222
6.	L'élément subjectif est plus évident et plus important dans les causes d'excuse que dans les causes de justification	223
 B) <i>L'élément subjectif dans les causes de justification en droit suisse.</i>		
<i>Généralités :</i>		
	Causes de justification légales et causes de justification supra-légales (ou extra-légales)	224
a)	<i>L'état de nécessité :</i>	
	Le mobile de protéger son bien en péril , ...	226
b)	<i>La légitime défense :</i>	
	Le mobile de se défendre ou de défendre autrui	229
c)	<i>Les actes licites de l'art. 32 CPS :</i>	
1.	Les actes couverts par cet article	232
2.	La protection d'intérêts légitimes	233
3.	Cas où le droit protégé est au fond un devoir	234
4.	Devoirs de fonction et devoirs de profession	235
5.	L'élément subjectif dans tous les cas couverts par cet article	237
d)	<i>Le consentement de la victime :</i>	
1.	Le côté subjectif du consentement	237
2.	Accord (Einverständnis) et consentement (Einwilligung) — Délits supposant toujours un consentement , ...	240
e)	<i>Consentement présumé :</i>	
	Conditions nécessaires et côté subjectif y correspondant ..	241
f)	<i>Opérations chirurgicales :</i>	
1.	Différentes opinions sur le caractère juridique des opérations	242
2.	But thérapeutique et exécution lege artis	243
 C) <i>L'élément subjectif dans les causes d'excuse, selon le droit suisse.</i>		
1.	L'impossibilité subjective (subjektives Unvermögen)	245
2.	Le conflit de devoirs	246
3.	La force irrésistible	248
4.	L'ordre du supérieur	249
5.	La nécessité d'un mobile non antisocial dans les causes d'excuse	251

SECTION B :

**Dispositions de la partie spéciale du CPS
ayant trait aux mobiles.**

CHAPITRE PREMIER

Le rôle des mobiles dans la partie spéciale du CPS.

1. Les différents rôles des mobiles dans la partie spéciale 253

CHAPITRE II

**Mobiles et buts comme éléments constitutifs
de certains délits.**

Généralités.

1. Les délits qui contiennent des éléments subjectifs outre le dol ordinaire (dolus specialis ou subjektive Tatbestandsmerkmale) 255
2. Le point de vue de la dogmatique 256
3. Catégories 257

A) *Première catégorie : Délits de dessein.*

1. La notion de délits de dessein (Absichtsdelikte) 260
2. Divergences d'opinions concernant la notion de dessein . . . 261
3. Délits de dessein contenus dans le CPS 265
4. Deux sous-catégories des délits de dessein 267

B) *Deuxième catégorie : Délits contenant un mobile
au sens large.*

1. Délits compris dans cette catégorie 268
2. 1^{re} sous-catégorie : a) délits comprenant un mobile proprement dit ; b) délits comprenant un trait caractériel ; c) exercice par métier d'un acte délictueux 268
3. 2^e sous-catégorie : délits de tendance (Tendenzdelikte) comprenant trois groupes de délits ; leur contenu notionnel . . . 271

5. Les éléments subjectifs en question et le dol éventuel	298
6. Possibilité que ces éléments soient requis par la loi de façon implicite	299
7. Les éléments subjectifs en question dans la participation ..	299
8. Critère de Mezger pour la détermination des délits contenant un élément subjectif-final (autre le dol ordinaire)	304
9. Utilité pratique de la doctrine sur les éléments subjectifs de l'illicéité	305

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

1. L'acception actuelle des mobiles peut conférer une ampleur et une profondeur nouvelle aux dispositions qui concernent le traitement du délinquant	307
2. L'intégration de l'examen de la personnalité du délinquant dans le procès pénal	309
3. Le système de la césure du procès pénal	311
4. Inconvénients et avantages de ce système	313
5. Nécessité de la collaboration entre juristes et criminologues, ainsi que de l'étude de la criminologie par les juristes	315
BIBLIOGRAPHIE	319

ACHEVÉ D'IMPRIMER
AUX « PRESSES DE SAVOIE », AMBILLY-ANNEMASSE (H.-S.),
EN DÉCEMBRE 1973

Dépôt légal : 4^e trimestre 1973. N° 1590

